

L'Intuitus Personæ dans les contrats

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 30 mars 1938, à 14 heures

PAR

Francis VALLEUR

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT D'ALGER

JURY DE LA THÈSE :

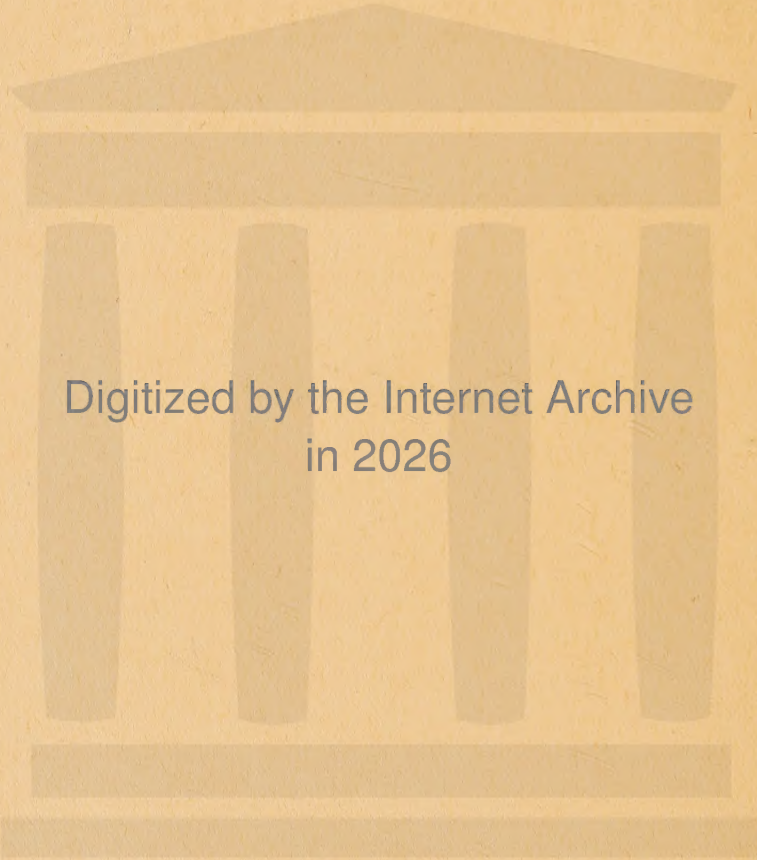
Président : M. ESMEIN, Professeur

Suffragants : MM. ESCARRA, Professeur
SOLUS, Professeur

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR
289, RUE SAINT-JACQUES, 289

—
1938



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547527_0056

L'Intuitus Personæ dans les contrats

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 30 mars 1938, à 14 heures

PAR

Francis VALLEUR

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT D'ALGER

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. ESMEIN, Professeur

Suffragants : MM. ESCARRA, Professeur
SOLUS, Professeur

PARIS

MAURICE LAVERGNE, IMPRIMEUR

289, RUE SAINT-JACQUES, 289

1938

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



*« Ita finitima sunt falsa veris...
ut in præcipitem locum non debeat
se sapiens committere. »*

CICERON « ACADEM. » II.21.

*« La justice et la vérité sont
deux pointes si subtiles que nos
instruments sont trop émoussés
pour y toucher exactement. S'ils y
arrivent, ils en écachent la pointe
et appuient tout autour, plus sur
le faux que sur le vrai. »*

PASCAL « PENSÉES », ART. 3.3.

A tous les miens

F. V.

INTRODUCTION

1. — « *Intuitus personæ* » — littéralement « contemplation, considération de la personne » — cette expression indique, d'après le Vocabulaire Juridique (1), que la considération de la personne avec laquelle on a contracté a déterminé le consentement du ou des contractants. Et de citer des exemples : société de personnes, contrat de travail en ce qui concerne la personne du salarié. Adoptons provisoirement cette définition. Multiplions les exemples, car de contrats présentant le caractère personnel, il en est bien d'autres.

Et d'abord est-il besoin de souligner que le mariage, qui évidemment ne constitue qu'un contrat tout à fait particulier, est empreint d'un *intuitus personæ* nettement caractérisé ? Chaque futur conjoint a en vue en s'engageant la personne de l'autre. On ne se marie qu'avec une personne minutieusement choisie et aimée. Cela est si vrai que le mariage est généralement précédé d'une période, les fiançailles, destinée à permettre aux futurs époux de se connaître et de s'apprécier.

Dans la donation, la personne du donataire est l'une des considérations déterminantes du consentement du donateur, la « cause principale de la convention » (2) bien souvent.

(1) Publié sous la direction de M. H. Capitant. Fascicule 4, 1933. v^o *Intuitus personæ*.

(2) Expression de l'art. 110 al. 2 C. Civ.

Le mandat, le dépôt nous mettent en présence du même phénomène : c'est vis-à-vis seulement de la personne à qui ils ont voulu rendre service que mandataire et dépositaire se sont engagés. Ils ne se seraient nullement obligés vis-à-vis de toute autre personne.

Et dans ces mêmes contrats, mandant et déposant ont aussi choisi leur cocontractant. Ils ne se sont pas adressés pour satisfaire leur désir, leur besoin à des personnes quelconques, mais bien à celles qu'ils jugeaient le plus aptes à leur donner satisfaction.

Dans le métayage ou colonage partiaire la considération de la personne du métayer paraît être d'une influence décisive sur le consentement du bailleur.

Peut-être en est-il de même, bien qu'avec une nuance, de celle du fermier dans le bail à ferme.

Le contrat d'entreprise comporte lui aussi, bien souvent l'intuitus personæ : l'entrepreneur, l'architecte, voire l'ouvrier à façon font l'objet d'un choix du maître de l'ouvrage. Et l'intuitus personæ ne prend-il pas une coloration toute spéciale, une intensité particulièrement vive dans les contrats conclus avec les artistes quels qu'ils soient : peintres, sculpteurs, musiciens, artistes de théâtre, vedettes de cinéma, champions sportifs (3) de toutes spécialités ? N'en est-il pas de même a fortiori pour les contrats des compositeurs, des auteurs ? et parfois des éditeurs ?

L'intuitus personæ se retrouve aussi dans les contrats que l'on passe avec son avocat, son méde-

(3) Les contrats que ces derniers passent sont nés avec le professionnalisme dans le sport, mouvement qui tend à se développer prodigieusement.

cin; et peut-être d'une façon générale avec toutes les personnes exerçant une profession libérale.

Et la vive lueur dont brille l'intuitus personæ dans tous ces contrats ne doit pas nous cacher la forte coloration qu'il revêt parfois dans d'autres hypothèses. Telle celle du bail à nourriture, contrat créant une communauté de vie.

Telle celle du contrat d'assurance où la considération de la personne de l'assuré, déterminante du risque, influe grandement sur le consentement de l'assureur.

Dans d'autres cas, on a prétendu déceler la présence de ce phénomène alors que rien en apparence ne la laissait supposer : c'est ainsi qu'on a cru voir de l'intuitus personæ dans le contrat de vente, où pourtant, semble-t-il, ce sont essentiellement les considérations de la chose et celle du prix qui sont déterminantes des engagements de l'acheteur et du vendeur.

Une cour d'appel (4) a même déclaré : « il est de doctrine constante que dans les contrats à titre onéreux, la considération de la personne contractante sera, le plus souvent, la cause principale de la convention ». Si l'on fait la part de l'exagération qu'une telle affirmation peut comporter, mais si l'on songe d'autre part que les contrats à titre gratuit sont le plus souvent conclus intuitu personæ, on voit combien le phénomène est fréquent dans la vie juridique courante.

Et cette constatation se trouve renforcée par cette considération que, dans les contrats ne comportant pas normalement l'intuitus personæ, la volonté des parties, en vertu du principe de la liberté

(4) Angers 4 Mai 1921, D.P. 1921.2.125.

des conventions, — et sauf à vérifier la validité de pareille opération — peut introduire le caractère de personnalité (5). Un contrat de transport, par exemple, qui de l'avis unanime, n'est en aucune façon personnel, peut être conclu intuitu personæ par les parties — et cela soit au regard du transporteur, soit au regard du voyageur ou de l'expéditeur, soit vis-à-vis des deux.

2. — Etant donné ce nombre élevé d'hypothèses — et nos exemples n'ont pas épuisé la matière — où la présence de ce phénomène, l'influence décisive de la considération de la personne d'un des contractants sur le consentement de l'autre, est reconnue, on peut constater, tout au moins supposer, qu'il se présente et sous des aspects variés et avec une intensité plus ou moins forte. Mais, dans ces différents cas, la présence de ce rapport de causalité (*lato sensu*) à l'origine du contrat va entraîner des conséquences juridiques. Par exemple, *l'erreur sur la personne* qui avait été spécialement choisie prendra une importance décisive et entraînera l'application de l'article 1110 al. 2 C. Civ. La considération de la personne en effet s'était intégrée dans le but poursuivi par les parties. Une erreur sur ce point essentiel rend la réalisation de ce but impossible : le contrat qui visait à atteindre ce but pourra être annulé.

Mais la recherche des conséquences résultant de la présence dans l'intuitus personæ du rapport de

(5) Il est vrai qu'il faut aussi tenir compte de l'hypothèse inverse — que nous envisagerons d'ailleurs — celle des contrats normalement intuitus personæ et perdant ce caractère de personnalité par la volonté des parties.

causalité épuise-t-elle la matière des conséquences de l'intuitus personæ — de ce qu'on pourrait appeler, en signalant la nuance donnée à cette expression, « les effets de l'intuitus personæ » ? Il convient en effet de se demander si sous le vocable « intuitus personæ », il n'y a pas autre chose que ce rapport de causalité. Nous avons accepté provisoirement la définition du Vocabulaire Juridique. Il est temps de se demander si elle est suffisamment explicite, si elle est complètement révélatrice de la substance que la doctrine, la jurisprudence, voire quelquefois la pratique distinguent sous cette expression ambiguë « intuitus personæ » ? Cette difficulté est née de la diversité d'hypothèses où se rencontre la considération de la personne. Dans certains cas — tout au moins dans celui de la donation pure et simple — l'importance de la considération de la personne ne transparait qu'au moment de la formation du contrat. Dans d'autres au contraire, elle apparaît aussi dans l'attache du lien juridique à la personne qu'elle produit. Elle ne se borne pas à déterminer le consentement du contractant, et à n'intervenir que dans la période de formation du contrat. Elle apparaît aussi dans toute la vie du contrat, des liens juridiques qui en sont nés — soit au moment de leur exécution, soit lors de leur transmission aux tiers ou aux héritiers, soit lors de la dissolution du contrat. Ainsi la personne dont la considération a été déterminante ne pourra dans le lien juridique se substituer un tiers ; souvent elle devra exécuter par elle-même l'obligation : on sera en présence de l'hypothèse prévue par l'article 1237 C. Civ. Comme c'est cette personne seule que l'autre contractant avait en vue, le lien créé ne passera point aux héritiers : la mort y mettra fin (art. 1865, 2003 C. Civ. art. 1795). Il ne sera pas non plus transmissi-

ble entre vifs à un tiers quelconque, pas plus qu'à cause de mort (legs). La confiance est essentiellement personnelle. Ceci explique que quelquefois la déconfiture mettra fin au contrat (art. 1865 ; 2003). D'autres fois l'autre partie aura le droit de rompre le contrat, de supprimer, du moins pour l'avenir, ce que la volonté commune des parties avait érigé en « loi ».

Toutes ces règles, sauf peut-être la dernière, se ramenant à cette idée de l'attache à la personne du lien intuitus personæ, sont considérées d'une façon à peu près unanime comme des conséquences de l'intuitus personæ. La raison paraît en être que généralement c'est dans les hypothèses où cette attache au sujet du droit existe que la considération de la personne paraît influencer d'une façon décisive sur le consentement. Et l'habitude de voir coexister sous l'expression « intuitus personæ » le rapport de causalité et l'attache à la personne a pu faire douter de la possibilité de l'existence du rapport de causalité en l'absence d'attache à la personne. Or dans l'hypothèse de la donation, il y a intuitus personæ sans contestation possible et pourtant l'attache à la personne ne semble pas exister. Il est vrai qu'on a pu justifier l'absence d'attache à la personne en invoquant le caractère du contrat de donation qui serait à exécution instantanée !

Quoi qu'il en soit de toutes ces difficultés, il nous semble que dans toutes les hypothèses d'intuitus personæ l'un des contractants a un grand intérêt économique ou moral à choisir la personne avec qui il contractera. La considération de cette personne a une influence décisive sur son consentement. Il n'aurait pas traité de même avec un autre. L'erreur sur cette personne permettrait l'annulation du contrat. Et généralement le lien créé ne le sera que vis-

à-vis de cette personne : il sera attaché à elle : ne passera point à ses héritiers, sera intransmissible aux tiers, sera quelquefois dissous par la déconfiture, etc... En un mot le phénomène juridique de l'intuitus personæ semble se ramener à ceci :

Au fond, il recouvre un grand intérêt — économique ou moral — pour l'un des contractants à avoir comme cocontractant telle personne bien déterminée. Cet intérêt fait que la considération de cette personne a toujours une influence décisive sur le consentement de l'autre au contrat. En d'autres termes : il y a *toujours* le rapport de causalité. Et généralement le lien juridique n'est créé que vis-à-vis de cette personne bien déterminée. *Généralement*, donc, il y aura attache à la personne.

3. — Ce phénomène qui a des conséquences juridiques satisfait des besoins pratiques divers, qui se ramènent tous à cette idée de l'importance pour l'un des contractants d'avoir comme cocontractant — et d'une manière durable — telle personne bien déterminée.

Et du point de vue juridique l'intuitus personæ pose les mêmes questions que tout autre problème juridique — questions dont nous avons déjà un aperçu :

1°) Quand l'intuitus personæ existe-t-il juridiquement ? C'est-à-dire quelles sont les conditions d'existence de l'intuitus personæ ?

2°) Quelles sont ses conséquences, quels sont ses effets ? En quoi la formation, la structure et la dissolution du contrat ou du lien intuitus personæ diffèrent-elles de celles du contrat ou du lien de droit en général ?

C'est autour de ces deux questions fondamentales que nous grouperons nos développements.

Mais comment avant de délimiter le sujet ne pas indiquer, ou plutôt souligner un aspect important de la question de l'intuitus personæ, aspect qui n'est qu'une face de la première question et qui est éclairé par la seconde ? L'intuitus personæ en effet donne aux contrats, plus généralement aux liens juridiques qu'il colore, une physionomie particulière : d'un mot, il limite les effets du lien juridique à la personne spécialement choisie, il rétrécit les effets que les liens juridiques sont susceptibles de produire normalement. Comment dès lors ne pas se demander si les particuliers, voire même les personnes morales publiques ne vont pas quelquefois invoquer l'existence de l'intuitus personæ pour se dégager de leur fardeau contractuel ? Puisque les effets sont moins étendus, le fardeau sera moins lourd si la présence de l'intuitus personæ est reconnue. D'où toute une série de cas où les contractants, généralement devenus plaideurs, seront tentés d'invoquer pour leur décharge ce phénomène, alors que bien souvent il n'existera pas. Et, d'autre part, quand il existera, nouvelle série de cas où on cherchera à s'abriter derrière le caractère intuitus personæ pour justifier son attitude hostile à l'égard du lien juridique. Dans tous ces cas, l'existence et les effets de l'intuitus personæ devraient être soigneusement contrôlés. Ce serait en quelque sorte et surtout l'aspect négatif de l'intuitus personæ et il serait intéressant de pouvoir déterminer avec précision dans quels cas le juge devrait dire aux plaideurs : l'intuitus personæ n'existe pas, l'intuitus personæ ne doit pas par ses effets couvrir la fin contraire au droit que l'un de vous poursuit. L'examen de cet as-

pect complète l'étude des deux autres questions auxquelles il est intimement lié :

Conditions d'existence de l'intuitus personæ.

Effets de l'intuitus personæ.

4. — Mais l'intuitus personæ est un phénomène qui se retrouve souvent dans la vie juridique et dans de nombreux domaines. Aussi convient-il d'indiquer avec précision les limites que nous avons assignées à notre étude. Nous nous sommes bornés à l'examen du phénomène en droit privé et encore pas à tout le droit privé.

A. C'est dire d'abord que nous avons laissé de côté le droit public. Les contrats dont le droit public s'occupe comportent quelquefois l'intuitus personæ. Ainsi la concession. Mais la nature particulière de ces contrats, bien différente de celle des contrats de droit privé, donne à l'intuitus personæ un aspect particulier qu'il nous importait de signaler non d'étudier. D'ailleurs les règles tenant à l'intuitus personæ que l'on retrouve dans ces contrats sont celles du droit privé adaptées à la structure que forment les principes juridiques du droit public. Nous nous bornerons à faire quelques remarques qui viseront l'intuitus personæ dans la concession de travaux publics (6).

D'abord, si la concession ressemble à notre contrat d'entreprise de droit privé, il ne faut pas oublier cependant que la concession n'est qu'un mode de

(6) La concession de terrain dans une colonie faite par l'Etat à un particulier est, à défaut de clause contraire, censée faite au concessionnaire et à ses héritiers (art. 1122 C. Civ.) : C. d'Etat 5 Mars 1897 : 2^e espèce Soc. du Haut-Ogoué et Daumas C. Min. des colonies. Conclusions Romieu et note M. Hauriou. S. 98.3.17.

gestion du service public, donc que la notion d'ordre public fera certainement son apparition. Et c'est une application de cette idée que font les juridictions lorsqu'elles déclarent nulle d'une nullité d'ordre public la cession à un tiers d'une concession sans l'autorisation de l'autorité concédante (7). La nécessité de l'autorisation de la personne concédante existe aussi pour la transmission de la concession aux héritiers du concessionnaire (8). Le fondement de cette règle que le changement de concessionnaire dans tous les cas ne peut avoir lieu à peine de déchéance, qu'en vertu d'une autorisation de l'autorité concédante tient-il à l'intuitus personæ ou à la nature particulière du contrat de concession ? Les auteurs (9) ne semblent pas d'accord sur ce point. Peut-être la divergence est-elle plus apparente que réelle. Aussi la discussion ne nous retiendra pas. Et nous nous bornerons à faire deux remarques à propos de la transmission de la concession.

Nous signalerons en premier lieu la souplesse que le Conseil d'Etat dans les arrêts récents, précisant l'esprit de sa jurisprudence et dictant leur devoir aux autorités concédantes, donne aux conséquences de l'intuitus personæ : il admet que l'héritier du concessionnaire ne doit pas être écarté par l'administration concédante pour le motif qu'il ne possède pas personnellement au point de vue technique les garanties de bonne exécution, mais qu'au contraire il peut offrir ces garanties par personne

(7) Voy. par ex. Civ. c. 3 mai 1924. S. 1924.1.65 note A. Mestre. D.P. 1925.1.17 note Appleton. La Chambre civile se base sur l'art. 1128 C. Civ.

(8) C. d'Etat 12 avril et 5 juil. 1935, S. 1935.3.121, note R. Alibert.

(9) Voy. les notes sous les arrêts précités.

interposée. Cette conciliation entre les intérêts du service et ceux des héritiers est probablement conforme à l'intention des parties contractantes et semble constituer une solution équitable, juste. Cette jurisprudence est favorable aux cessions qui sont souvent à encourager (10).

Enfin nous mentionnerons, sans y insister davantage, l'application en la matière de la théorie du détournement de pouvoir, théorie qu'on a d'ailleurs souvent et à juste titre rapprochée de celle de l'abus du droit en droit privé. L'administration concédante ne doit se servir de son pouvoir de s'opposer aux cessions proposées par le concessionnaire que dans l'intérêt du service public. Elle ne pourrait pas refuser systématiquement et arbitrairement son agrément alors que le concessionnaire proposé offre toutes les garanties (11). Cette question est évidemment à rapprocher de celle que nous avons appelée « l'aspect négatif de l'intuitus personæ » (12).

B. Nous n'avons pas traité la question de l'intuitus personæ dans toutes les matières du droit privé :

a) D'une part, comme notre titre l'indique, notre étude est limitée au domaine des contrats. Nous avons laissé de côté l'intuitus personæ dans les legs, par exemple. Souhaitons seulement que notre travail éclaire ces problèmes.

b) D'autre part, nous avons délibérément exclu le problème de l'intuitus personæ dans les so-

(10) Note R. Alibert, précitée.

(11) C. d'Etat 13 nov. 1908. D.P. 1911.5.45. Revue des concessions 1909, p. 82.

(12) Voir supra N° 3 in fine.

ciétés commerciales de capitaux. C'est un aspect bien particulier de la question plus générale que nous étudions. Et surtout la matière en a déjà été explorée. Aussi nous bornerons-nous à des simples indications bibliographiques (13).

(13) Bourcart : De l'intuitus personæ dans les sociétés. J.S. 1927, p. 511. Camerlynck : De l'intuitus personæ dans la société anonyme. Thèse Paris 1929. Jeandel P. : L'intuitus personæ dans les sociétés commerciales. Th. Nancy 1932. Henri Rousseau : notes S. 1933.1.329, S. 1932.1.177, S. 1932.2.219. Et pour une application de cet aspect particulier de l'intuitus personæ, l'intuitus personæ négatif ou noxiæ, en droit civil, voyez la note de M. Voirin au D.P. 1932.2.57.

— Voyez infra N° 119 in fine.

PREMIÈRE PARTIE

CONDITIONS D'EXISTENCE DE L'INTUITUS PERSONÆ

5. — Quand l'intuitus personæ existe-t-il juridiquement ? Il est des contrats dont la nature l'implique ; d'autres qui ne le comportent pas. Il faudra donc rechercher les contrats dont la formation et les effets sont dominés par le phénomène de l'intuitus personæ, les distinguer de ceux qui n'en portent point l'empreinte. Ainsi en présence d'un contrat de la première catégorie on pourra dire, semble-t-il, il y a intuitus personæ. En présence d'un contrat de la seconde : la formation et les effets du contrat ne sont pas colorés par l'intuitus personæ. Mais il ne faut pas oublier que le droit contractuel est dominé par le principe de la liberté des conventions. Et il se pourrait fort bien que l'intuitus personæ soit exclu d'un contrat le comportant normalement ou inversement soit introduit dans un de ceux qui ne l'impliquent pas en général. Mais ces stipulations d'exclusion ou d'introduction de l'intuitus personæ sont-elles valables ? à quelles conditions ?

En somme l'intuitus personæ existera quand : étant en présence d'un contrat le comportant normalement on ne l'aura pas exclu ; étant en présence d'un contrat ne le comportant pas on l'y aura introduit. D'où :

PLAN

TITRE I

CHAPITRE PREMIER. — Contrats comportant normalement l'intuitus personæ.

CHAPITRE II. — Exclusion de l'intuitus personæ.

TITRE II

CHAPITRE PREMIER. — Contrats ne comportant pas l'intuitus personæ.

CHAPITRE II. — Introduction de l'intuitus personæ.

Ce plan est dominé par la distinction des contrats comportant normalement l'intuitus personæ et des contrats qui ne le comportent pas. C'est bien ainsi que les choses se présentent en pratique : le juge recherchant l'existence de l'intuitus personæ dans l'espèce qui lui est soumise commence par se poser la question de savoir quelle est la situation normale en présence de ce contrat. Cette question résolue, il recherche alors si la volonté des parties a modifié ou non la situation normale. Une question se pose donc : quelle est la valeur de la décision du juge quand il tranche cette question préalable ? Nous envisagerons cette question avant d'exposer la distinction elle-même : ce sera l'objet d'un chapitre préliminaire.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

6. — Nous faisons une *summa divisio* dans les contrats selon qu'ils comportent ou non l'*intuitus personæ* d'une façon normale. Reste à nous demander quelle est l'autorité de la décision du juge du fond quand recherchant l'existence de l'*intuitus personæ* dans un contrat, il décidera que ce contrat le comporte ou non normalement, par sa nature, avant de rechercher si la volonté des parties a modifié dans un sens ou dans l'autre la situation normale ? Y a-t-il dans la recherche du caractère personnel ou non du contrat une question de droit ou une question de fait ? L'intérêt de la question est évidemment de savoir si la décision sur ce point donnera ou non ouverture à cassation. Un exemple fera mieux comprendre la question :

L'arrêt de la cour de Lyon du 16 mai 1928 (1) se base sur le motif principal suivant : « attendu que la location est un des contrats où l'*intuitus personæ* joue un rôle prédominant ». L'arrêt de la cour d'Aix du 21 juillet 1900 (2) se base sur le motif principal contraire : « Attendu... que ce contrat (bail) n'est pas formé en principe *intuitu personæ*, et que la considération de la personne n'y joue qu'un rôle accessoire et secondaire... ». Sauf à supposer que par « *intuitus personæ* » ces deux juridictions entendent des phénomènes différents ou que la na-

(1) D.P. 1928.2.196 note Voirin.

(2) France Judiciaire 1901.2.39.

ture du contrat de bail a varié du tout au tout entre 1900 et 1928 ou est différente selon les régions, il faut nécessairement conclure que l'un de ces arrêts se trompe. Sa décision sur ce point est-elle en principe susceptible d'être déférée à la cour de cassation ? ou bien est-ce le juge du fond qui sur cette question a le dernier mot ?

La question évidemment doit être résolue pour toutes les hypothèses qui peuvent se présenter. Ces hypothèses nous semblent être au nombre de trois.

a) Il se peut d'abord que la réglementation légale du contrat prenne parti sur l'existence ou la non-existence de l'intuitus personæ. Exemple : des articles 1861 et 1865 du code civil il résulte sans conteste que la société est un contrat conclu intuitu personæ.

b) Quand la réglementation légale est muette, un usage peut exister quant à l'existence ou la non-existence de l'intuitus personæ, exemple : dans la région de Poitiers pour l'entreprise de la coupe de bois (forêts) l'usage permet à l'entrepreneur d'utiliser les services de tiers (3).

c) Enfin on peut être en présence d'un contrat innommé. C'est l'hypothèse par exemple sur laquelle a statué la cour de Douai le 15 mars 1893 (4).

Examinons successivement ces trois séries d'hypothèses :

(3) Voyez Poitiers 12 déc. 1904. D.P. 1905.2.454.

(4) Sous Req. 31 j. 1894, S. 94.1.237. D.P. 94.1.532. Voyez aussi Dijon 28 j. 1875 sous Req. 24 avril 1876 D.P. 77.1.196.

7. — a) La réglementation légale prend parti sur la question de l'existence ou de la non-existence de l'intuitus personæ, dans le contrat envisagé. Alors si contrairement à la loi, le juge du fond déclare qu'en principe le contrat est ou non intuitus personæ, y a-t-il violation de la loi donnant ouverture à cassation ?

La question est délicate. Seule en effet peut motiver la cassation d'un arrêt la violation de la loi dans le dispositif même de l'arrêt (5). Quelles que soient en effet les erreurs de doctrine que contiennent les motifs, l'arrêt doit être maintenu si la loi n'a pas été violée dans le dispositif. Le motif erroné est non avenu lorsque la décision est justifiée en fait ou par un autre motif de droit, donné par le tribunal, ou qu'il appartient à la cour de cassation de suppléer en le substituant à celui qui a été inséré au jugement. Généralement les faits que constatera la cour d'appel justifieront l'existence ou l'absence de l'intuitus personæ (6) et l'arrêt ne

(5) Fayé, La Cour de cassation 1903 n^{os} 61 et s., 102 et s., 109 et s.

(6) Par ex. dans l'arrêt de Lyon (16 mai 1928 D.P. 1928. 2.196) si la cour se base sur le motif « que la location est un des contrats où l'intuitus personæ joue un rôle prépondérant », elle adopte aussi les motifs des premiers juges, et précise les faits : « disposé à louer... qu'il est indiscutable que la lettre dont il s'agit ne peut être considérée que comme une simple indication des conditions que le propriétaire entend prendre comme base de la discussion, qui, dans sa pensée, devra précéder l'accord des parties, lorsqu'il aura été renseigné sur la personnalité de celui qui désire occuper son immeuble... » La cour estime qu'en fait le bailleur s'est réservé tacitement d'agréer ou de ne pas agréer. Et cela, il appartenait à la cour, juge souverain du fait, de le faire sans que l'on puisse sur ce point faire réformer sa décision. Ainsi l'arrêt ne pouvait être cassé. D'ailleurs, on peut se demander s'il y a vraiment violation de la loi en déclarant qu'un con-

pourra être cassé. Mais il se pourrait que la solution donnée par le juge à la question de droit (car il y a, nous semble-t-il, dans cette hypothèse où c'est la loi qui affirme ou nie la présence de l'intuitus personæ une question de droit) ait pu exercer une influence sur sa décision. Par exemple, s'agissant d'un contrat dont la réglementation légale exclut nécessairement l'intuitus personæ, si le juge a déclaré qu'il comportait en principe l'intuitus personæ et s'il ne se donne pas d'autres motifs de fait ou de droit justifiant de l'existence dans l'hypothèse de l'intuitus personæ (par exemple des motifs constatant l'existence d'une volonté commune des parties dans ce sens) alors il nous semble qu'il y aurait violation de la loi donnant ouverture à cassation. Mais il y a là, à n'en pas douter, une hypothèse tout à fait exceptionnelle. Quoi qu'il en soit, elle pourrait se présenter et il importait et de la signaler et d'indiquer la solution qui s'imposerait alors.

8. — b) Dans une seconde hypothèse l'existence ou l'absence d'intuitus personæ résulte d'un usage (7). Si le juge, sur la question de principe,

trat régi par les articles 1717 et 1742 comporte l'intuitus personæ. La loi est-elle certaine sur la question d'absence d'intuitus personæ ? Nous admettrons le contraire pour le bail à ferme. Voyez infra N° 39.

(7) Une hypothèse plus rare pourrait se présenter : celle du conflit entre un usage et une loi sur la question de l'existence de l'intuitus personæ. Par ex. la loi pourrait déclarer que l'entreprise comporte l'intuitus personæ ; que faudrait-il décider si un usage (par ex. à Poitiers) décidait le contraire pour une entreprise déterminée ? au cas de silence des parties, le juge devrait-il appliquer l'usage ou la loi ? (il s'agit évidemment d'une loi non impérative). Cette question ne serait qu'un cas du problème plus général du conflit entre la loi et l'usage. Voyez sur cette question les auteurs cités à la note suivante.

prend un parti contraire à cet usage, y a-t-il violation de l'usage donnant ouverture à cassation ? La réponse est ici plus facile. L'usage n'a que force de convention et non à vrai dire force de loi. Sa violation par le juge du fond ne donne pas en principe (8) ouverture à cassation car interpréter un usage, c'est interpréter non une loi mais l'intention (tacite) des parties (9).

9. — c) Enfin dans une troisième hypothèse, et elle est fréquente, il s'agit d'un contrat innommé.

Alors le juge aura un pouvoir souverain pour dire si la convention comporte ou non l'intuitus personæ. Sa décision dans la mesure où elle se bornera à interpréter sans la dénaturer la volonté commune des parties ne sera point cassée par la cour de cassation (10). En pratique, le juge rapprochera le contrat, tel qu'il résulte de la volonté commune, des contrats connus et en déduira l'existence ou la non-existence de l'intuitus personæ (10).

(8) Cette solution cesse d'être vraie pour certains usages en matière de vente de marchandises que la loi du 13 juin 1866 a cru devoir convertir en dispositions légales (ces usages n'ont rien à voir avec l'intuitus personæ).

(9) Sur cette question en général voyez : Planiol, t. 1, n° 14 et bibliogr. citée. Thaller et Percerou, Traité élémentaire de droit commercial, 8^e éd. 1931, n° 49 et s. Voyez aussi E.-H. Perreau « Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé », Revue tr. t. 10, 1911, p. 229 et s.

(10) Voici les motifs de l'arrêt de la Ch. des Req. du 31 janv. 1894 (S. 94.1.237. D.P. 94.1.453) : « Attendu qu'interprétant sans la dénaturer la convention du 21 janv. 1890 l'arrêt attaqué a constaté que dans la pensée commune de Lefébure et de P. Simons, elle constituait entre eux... un contrat innommé, destiné à les faire participer tous deux aux avantages de la chasse sur la forêt domaniale de... ; que ce contrat tenait à la fois du louage et de la société, mais sans être exclusivement l'un ou l'autre et qu'à l'exemple de la société, il était essentiellement formé intuitu personæ, de

10. — Il nous reste enfin à statuer sur le cas où le contrat soumis au juge présenterait un doute absolu sur la question de l'intuitus personæ : la loi, l'usage, ou la volonté des parties seraient muettes sur ce point précis de l'existence ou de la non-existence de l'intuitus personæ. Dans quelle catégorie alors devra-t-on classer le contrat, dans celle des contrats comportant normalement l'intuitus personæ ou dans l'autre ?

Il semble que les principes généraux de notre droit positif conduisent à déclarer dans ce cas, dans ce cas où le doute absolu existe et qui pour nous sera fort rare, qu'il n'y a pas intuitus personæ. Nous sommes de ceux qui par exemple, dans le doute absolu, font prédominer le principe posé par le début de l'article 1122 sur le principe que pose la fin de cet article (11).

Nous pouvons maintenant aborder les deux titres de la première Partie,

telle sorte qu'il devait prendre fin par la mort de l'un des contractants. Attendu que cette appréciation de la volonté des parties est souveraine et qu'en se fondant sur elle pour repousser les prétentions des héritiers de P. Simons, la cour de Douai, loin de violer les textes invoqués par le pourvoi, a donné des motifs qui justifient sa décision. » Voyez aussi Req. 24 avril 1876. D.P. 77.1.196. Cpr Req. 31 oct. 1898. D.P. 98.1.563.

(11) De rares auteurs contestent cette solution au moins pour le contrat de société et leur opinion est originale et séduisante :

Hémaré, note sous cass. 23 oct. 1906, S. 1908.1.177.

Cazagne, th. Paris 1932, n° 32 et s. p. 33 ; n° 84 et s. p. 137 ; et la Conclusion, n° 160 et s. p. 231 et s.

TITRE I

L'INTUITUS PERSONÆ DANS LES CONTRATS LE COMPORTANT NORMALEMENT

CHAPITRE PREMIER

CONTRATS COMPORTANT NORMALEMENT L'INTUITUS PERSONÆ

II. — Dans l'infinie variété des contrats — conséquence du grand principe de la liberté contractuelle — il est des accords qui souvent pratiqués, présentant une individualité nettement accusée, ont reçu de la loi, ou de l'usage, en même temps qu'un nom, une réglementation déterminée. Ces règles, fruit de l'expérience, varient selon le type de l'opération et s'appliquent dans le silence des parties du seul fait de l'adoption réelle de ce type de contrat. Parmi ces contrats, il en est dont la réglementation comporte l'intuitus personæ. C'est-à-dire dont la formation et les effets sont dominés par le phénomène juridique de l'intuitus personæ. Du moment que les parties auront voulu réaliser telle opération déterminée — prise parmi celles que nous envisageons — les conséquences de l'intuitus personæ se réaliseront — sauf exclusion ou limitation de ces conséquences de la considération déterminante de la personne par la volonté des parties. En principe donc, la formation et les effets de ces contrats seront dominés par l'intuitus personæ.

Et quand on sait le nombre et l'importance de

ces conséquences de l'intuitus personæ il paraît intéressant de rechercher quels sont ces différents contrats.

Mais à côté de ces contrats, dont la réglementation légale indique plus ou moins clairement qu'ils comportent d'une manière normale l'intuitus personæ, il en est d'autres pour lesquels la réglementation légale est muette sur cette question — et alors pour eux le problème se pose de savoir quand on pourra admettre que l'intuitus personæ va de soi dans ces contrats, abstraction faite d'une volonté spéciale des parties sur ce point (soit visant une introduction de l'intuitus personæ, soit son exclusion). Quelques exemples permettent d'éclairer l'hypothèse. Le contrat de travail est-il en principe intuitus personæ ? Le contrat d'entreprise ? Le contrat d'association ? Certes, en s'en tenant au contrat de travail pour le moment — il semble que la question ne devrait point faire de doute étant donné d'une part, sa réglementation, d'autre part, son objet. Sa réglementation prévoit qu'il ne peut être que temporaire (art. 1780 du C. Civ.). Et il est admis qu'il ne passe point aux héritiers de l'ouvrier. Son objet consiste en la force de travail, élément essentiellement personnel.

Mais l'argumentation n'est point convaincante. S'il ne passe point aux héritiers, ce n'est pas parce qu'il est intuitus personæ, c'est parce que les obliger à payer cette dette, dont l'exécution engagerait leur personnalité, plutôt que leur patrimoine serait porter atteinte à leur liberté. Si son objet est la force de travail de l'ouvrier, rien ne prouve que d'une façon générale, ce soit cette force de travail envisagée par le patron d'une manière concrète, en la personne de cet ouvrier, qui soit la considération ou l'une des considérations déterminantes du consen-

tement de l'employeur. Quand donc l'erreur sur la personne de l'ouvrier devra-t-elle être prise en considération ? Quand l'ouvrier ne pourra-t-il pas faire exécuter son contrat par un tiers, en l'absence de stipulations spéciales sur ce point ? Bref, quand le contrat de travail comportera-t-il l'intuitus personæ d'une manière normale ?

Cette question se pose aussi pour nombreux autres contrats et il nous faudra essayer de la résoudre.

12. — D'ailleurs, notre étude ne pourra se borner à déterminer quels sont les contrats qui comportent, d'une manière normale, l'intuitus personæ.

D'une part, en effet, ce n'est pas le contrat proprement dit, convention créatrice, modificative ou extinctive d'obligations qui comporte l'intuitus personæ.

C'est en réalité l'obligation ou la créance que colore l'intuitus personæ. Il conviendra donc de préciser à propos de chaque contrat, quelle est l'obligation ou la créance dont le régime juridique porte l'empreinte de l'intuitus personæ — quitte à noter au passage les contrats synallagmatiques parfaits ou imparfaits dont les obligations et les créances comportent l'intuitus personæ. Cette étude est d'ailleurs étroitement liée à la précédente. Le tout formera la section I de ce chapitre.

D'autre part, le contenu de l'intuitus personæ n'est pas toujours le même. Ce contenu, en effet, varie pour une même obligation donnée par exemple et dans le temps et aussi à la même époque.

Dans le temps, car pour les obligations déterminées, celle d'associé par exemple, les qualités de la personne prises normalement en considération, sont différentes aujourd'hui de celles qu'elles étaient

jadis et nous désignerons ce phénomène par le terme de *variabilité* du contenu de l'intuitus personæ. A une même époque aussi, parce que pour la même obligation, celle du mandataire par exemple, il nous semble que les qualités déterminantes de la personne sont différentes bien qu'il s'agisse de la même obligation, selon d'objet du mandat et les circonstances de la cause : nous pensons que cette *diversité* du contenu de l'intuitus personæ, à une même époque selon la nature de l'affaire et les circonstances de la cause, constitue une situation objective, à laquelle les parties sont censées se référer, quand elles concluent cette même opération juridique pour réaliser telle opération concrète dans ces circonstances.

Variabilité et *diversité* du contenu de l'intuitus personæ, ce sont deux phénomènes dont nous tiendrons compte pour établir ce que nous appellerons *le contenu objectif de l'intuitus personæ*. La détermination de ce contenu et la recherche des principes qui permettront cette détermination nous paraît importante. Les effets de l'intuitus personæ, en effet, varient selon son contenu. Il nous faudra donc déterminer avec la précision maxima possible, ce contenu objectif, c'est-à-dire les différentes qualités de la personne qui sont prises en considération principale d'une façon normale, dans les obligations et contrats, dans telle et telle situation — ou tout au moins donner des directives pour cette détermination. Ce sera l'objet de la Section II.

13. — Et cette idée que les effets de l'intuitus personæ varient selon son contenu suscite naturellement une autre question, celle de savoir si l'on peut et à quelles conditions, introduire dans un contrat comportant normalement l'intuitus personæ, un

intuitus personæ à contenu différent ; si à côté du contenu objectif de l'intuitus personæ peut trouver place un contenu subjectif de l'intuitus personæ. L'intérêt de cette hypothèse est évident puisque les effets de l'intuitus personæ variant selon son contenu. Peut-on, par exemple, prendre comme considération déterminante d'une société civile, d'un mandat ou d'une libéralité, une qualité du cocontractant, telle la nationalité, la religion, les opinions politiques, etc., de sorte que, par exemple, l'absence ou la disparition de cette qualité entraînera la nullité ou la dissolution de ce contrat ? A quelles conditions cela se réalise-t-il ?

Cette question, nous ne ferons ici que la signaler. Nous pensons, en effet, qu'elle se pose dans les mêmes termes — ou à peu près — que celle de l'introduction de l'intuitus personæ dans un contrat qui ne le comporte pas normalement — étude qui fera l'objet du Titre II de notre première partie.

SECTION I. — *Contrats, obligations et créances
qui comportent d'une façon normale
l'intuitus personæ*

14. — La réglementation juridique des contrats — objet de technique juridique — législative ou coutumière — devrait être exactement moulée sur l'économie des contrats — le donné — et évoluer parallèlement à cette économie. Si ce phénomène d'adaptation du droit au fait se produisait automatiquement et instantanément, il n'y aurait point de divorce entre l'économie du contrat en général et sa réglementation juridique (1) — mais si le milieu économique modifie plus ou moins lentement encore que certainement l'économie des contrats, la réglementation juridique des contrats — œuvre de science sociale et de politique juridique ne subit une évolution parallèle qu'avec un certain recul du temps. Et ce phénomène de non-concordance entre la réglementation légale du contrat et son économie peut se remarquer à propos de l'intuitus personæ. Il y a des contrats en effet, dont l'économie postule la prise en considération de la personne d'une façon déterminante, alors que leur réglementation juridique n'en porte point trace. Si bien qu'après avoir recherché les contrats dont la réglementation porte l'empreinte de l'intuitus personæ, il nous faut

(1) Cette non-concordance est aplanie par la volonté des parties qui s'adapte aux variations du milieu économique : cette possibilité de modifier la réglementation légale des contrats selon les besoins pratiques, par la volonté des parties, est un produit de la technique juridique.

draît envisager ceux dont l'économie postulerait aujourd'hui une réglementation semblable.

Peut-être conviendrait-il d'envisager ensuite l'hypothèse inverse : celle de contrats ayant reçu une telle réglementation alors que leur économie n'aurait point eu l'intuitus personæ comme l'un des pôles de cristallisation — ou celle, plus pratique, de contrats dont l'économie et la réglementation juridique comportaient l'intuitus personæ et qu'une évolution plus ou moins profonde de cette économie a vidé de ce contenu, laissant comme de vieilles ruines inhabitées la forme du phénomène dont la matière a disparu.

Mais cet aspect de la question nous paraît d'importance secondaire pour l'étude des conditions d'existence de l'intuitus personæ, aussi nous nous bornerons à le signaler en de brèves remarques, chemin faisant.

15. — L'ensemble des hypothèses dans lesquelles apparaît l'intuitus personæ est très varié. Ses effets, bien qu'on puisse les ramener à l'unité, présentent des caractéristiques bien variables, selon les cas. Ces aspects différents des effets de l'intuitus personæ tiennent à la variété de situations dans lesquelles ils se manifestent. Mais en scrutant cette complexité, on remarque que la notion de l'intuitus personæ peut recouvrir deux idées — tantôt derrière ce vocable apparaît une idée d'affection, d'amitié. Tantôt l'intuitus personæ prend sa source dans une idée de confiance. Certes ces différents sentiments — affection, confiance — seront plus ou moins intenses, peut-être même plus ou moins caractérisés. Quoi qu'il en soit, il nous semble que les différentes hypothèses d'intuitus personæ peuvent se grouper autour de ces notions prises dans un sens

assez large. D'une part l'affection, d'autre part la confiance. Et c'est à cette *summa divisio* en quelque sorte, que nous rattacherons nos développements ultérieurs.

A. — CONTRATS BASÉS SUR L'AFFECTION (LATO SENSU)

16. — Sous cette rubrique entrent normalement d'une part les contrats du droit de famille, d'autre part les libéralités et contrats de bienfaisance.

17. — Les contrats du droit de famille comportent indiscutablement la considération de la personne, qu'il s'agisse du mariage — auquel il faudrait ajouter de l'avis de certains auteurs (2), le contrat de fiançailles — ou de l'adoption. Enfin, nous mentionnerons pour mémoire la reconnaissance d'enfant naturel, qui n'est pas un contrat, mais comporte néanmoins l'intuitus personæ (3).

Ces contrats — d'une nature particulière —

(2) Hémar, note au S. 1909.1.555 ; Bonnecase, Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie, t. 4 (1928), p. 771 ; Josserand, Chronique D.H. 1927, p. 21, et « De l'esprit des droits », 1927, p. 190-191 ; F. Geny « La protection juridique de la femme contre la séduction », cours professé à la « Semaine Sociale » de Nancy, août 1927, tirage à part p. 17-18. Cette opinion était aussi celle des premiers commentateurs du C.C., Toullier, Merlin, Zacharie. Mais le droit positif moderne semble bien avoir rompu avec la tradition qui venait du droit canonique. La jurisprudence de la Cour de Cassation est formelle, 30 mai et 11 juin 1838, S. 1838.1.494. D. Jur. Gén. Mariage N° 82 et s. Et la majorité de la doctrine moderne y est conforme, Planiol et Ripert, t. II, avec le concours d'A. Rouast N° 80 et s., p. 65 et s. et bibliographie citée. Le principal argument pour refuser tout effet obligatoire à la promesse de mariage est tiré de la nécessité d'assurer la pleine liberté du consentement au mariage.

sont destinés à créer entre les parties une communauté de vie et des rapports intimes. Le mariage est constitué essentiellement par « l'union des corps et l'échange des âmes » (4). L'adoption crée artificiellement un lien de parenté, à l'imitation de la filiation. Que ces actes juridiques ne soient possibles qu'entre personnes qui s'agrément mutuellement, cela ne saurait faire de doute — la personne des contractants y est un élément essentiel — certains y voient même l'objet du contrat — mais cette conception est inadmissible dans nos législations modernes.

Dans ces contrats, s'il est certain que l'intuitus personæ existe, la détermination précise de ses effets semble fort délicate : Ces contrats, qui ont pour résultat de faire rentrer une personne dans le cercle de famille et de donner à cette personne un état touchent en effet à l'état des personnes — une des bases de l'organisation sociale. Ils ont reçu une réglementation impérative et la liberté des parties semble devoir être restreinte à l'acceptation d'une situation légale. Aussi la détermination du contenu de l'intuitus personæ est très discutée à propos de l'erreur sur la personne. D'autre part, l'organisation de la famille étant à la base de l'organisation de la société, on a, dans notre civilisation, restreint les effets qui auraient pu découler de l'intuitus personæ. Certes, dans notre droit, le mariage est dissous par la mort de l'un des époux (5) et l'état de personne mariée n'est pas cessible à un tiers. Mais

(3) L'erreur sur la personne y est déterminante : Aix 12. 12.1852. S. 54.2.321. D.P. 54.2.121. Baudry-Lacantinerie et Barde t. I, n° 65, p. 105, note 2.

(4) Formule du Premier Consul lors des Travaux préparatoires, citée par Labbé. Note S. 1861.1.241 sous Cass. 11.2. 1861 (Berthon c. Berthon).

la disparition de l'amour et de l'affection, des sentiments que recouvre l'intuitus personæ ne donne pas droit à l'un des époux de rompre le lien de sa seule volonté (6). D'ailleurs, le divorce par consentement mutuel n'est pas admis dans notre législation et le mariage ne se dissout que par les causes strictement limitées que prévoit la loi. De même d'ailleurs que l'adoption.

Ainsi dans ces actes juridiques si l'intuitus personæ existe et produit ses effets normaux, néanmoins en raison de leur nature spéciale l'intuitus personæ s'y présente sous un aspect particulier, comme nous le verrons en étudiant l'erreur sur la personne en cette matière.

18. — C'est aussi l'affection, comprise d'une manière large, que recouvre l'intuitus personæ dans les libéralités et contrats de bienfaisance (7). Dans ces contrats, l'intuitus personæ est relatif à la *personne du créancier* ou à une de ses qualités.

(5) Dans certaines législations la mort ne dissout pas nécessairement le mariage, l'héritier du mari ayant le droit de prendre comme mari la place du de cujus. Ainsi dans certaines coutumes kabyles.

(6) Dans les législations primitives la répudiation unilatérale était consacrée. Elle l'est encore dans les droits actuels : le droit musulman par exemple (Ta'laq.). Le droit russe l'a admise, mais le mariage dans ce droit est tout différent de ce qu'il est chez nous. (Voyez Eliachevith « Droit civil de la Russie soviétique » avec la préface de Capitant.)

(7) Quelquefois une personne rend à une autre un service gratuitement, mais sans avoir l'intention de s'engager par un lien juridiquement obligatoire (Voyez Perreau « Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires », Rev. Trim. 914, p. 503 et s.). Dans ce cas bien qu'il n'y ait ni lien juridique ni contrat, il y a cependant intuitus personæ à base d'affection, en ce sens que la considération de la personne a déterminé non le consentement à un engagement, mais la volonté d'accomplir l'acte, de rendre le service.

C'est en considération de cette personne que l'autre contractant fait un sacrifice. L'une des parties, A, consent à s'appauvrir en biens ou en énergie au profit d'une autre, B, sans contrepartie. C'est donc qu'en général A y est poussé par un sentiment d'affection. Dans la plupart des cas, ce sentiment s'individualise, se localise en une personne bien déterminée (sentiment *ad hominem*), c'est la raison pour laquelle la majorité des actes à titre gratuit sont *intuitus personæ* (8).

L'esprit de libéralité peut très bien — au lieu de viser une personne déterminée — englober toute une catégorie de personnes, présentant certaines qualités ; on voit souvent, à l'occasion de sinistres notamment, des secours alloués aux sinistrés nécessiteux par exemple (9) ; qu'il y ait dans cette manifestation de solidarité sociale acte à titre gratuit, cela ne semble guère pouvoir être contesté puisqu'il y a un sacrifice sans contrepartie — du moins immédiate et directe. Et cet acte gratuit est *intuitus personæ* puisqu'il y a une ou plusieurs qualités (sinistrés et nécessiteux) des bénéficiaires qui ont été déterminantes du consentement de l'auteur des secours (10). Mais bénéficiaires et donateur ne se connaissaient pas avant l'acte. C'est moins à une personne concrète qu'aux personnes en général ayant certaines qualités que s'adresse le sentiment du donateur. Ces qualités — qui permettront souvent la détermination des sujets de droit, des bénéficiaires — pourront être plus ou moins précisées, plus ou moins nettes

(8) Cpr. pour l'influence de cette idée, la Thèse de M. Hamel sur la cause dans les libéralités, Paris 1920.

(9) Voir Cass. Civ. 6 janv. 1913, S. 1920.1.257, Note Demogue D.P. 1913.1.511.

(10) Cpr. Note Demogue, sous l'arrêt précité.

dans la pensée du donateur. Le nombre des bénéficiaires sera plus ou moins élevé. L'esprit de libéralité sera tellement compréhensif qu'il ne se fixera même plus sur une catégorie de personnes déterminées. Le bienfaiteur se fera une idée bien vague peut-être inexacte de la personne des gratifiés. Son geste profitera au premier venu. L'intuitus personæ s'est amenuisé, décoloré sans cesse jusqu'à disparaître. Nous sommes en présence de libéralités à destination anonyme (11). Ces libéralités sans intuitus personæ sont de deux sortes : D'une part certaines libéralités de sommes modestes faites à l'occasion de cérémonies ; magistrat romain jetant des pièces de monnaie à la foule — parents et nouveaux époux pratiquant la tradition de la main ouverte à l'occasion d'un baptême ou d'un mariage. D'autre part, « certaines fondations » destinées à fonctionner au profit de catégories plutôt que d'individualités, voire au profit de tout venant, tel un refuge, un hospice dans lesquels tout voyageur ou tout passant aura la certitude de trouver un asile (12).

Dans tous ces cas, il y a titre gratuit sans intuitus personæ.

Mais l'exception ne doit pas faire oublier la règle. En général, les actes à titre gratuit sont intuitus personæ. Et cela est si vrai que la plupart de ces contrats, sinon presque tous, ont vu le jour dans les rapports de proches parents ou d'amis.

Seront donc, en principe, intuitus personæ :
parmi les libéralités :

l'engagement du donateur.

Parmi les contrats de bienfaisance :

(11) Voir Josserand : Les mobiles dans les actes juridiques, 1928, p. 61, N° 57.

(12) Josserand op. cit.

a) L'engagement du prêteur dans le prêt de consommation gratuit ;

b) L'engagement du dépositaire, art. 1917 C. Civ. ;

c) L'engagement du mandataire (13), art. 1986 C. Civ., puisqu'en principe dépôt et mandat sont gratuits pour le Code Civil ;

d) L'engagement de la caution quand elle rend un service d'ami — et cela soit vis-à-vis du créancier, soit vis-à-vis du débiteur principal ;

e) La prestation gratuite de travail — qui n'est pas prévue par le Code, mais qui existe dans la réalité et comporte, la plupart du temps, l'intuitus personæ ;

f) Nous sommes tentés d'y ajouter l'engagement du prêteur à usage puisqu'il est essentiellement gratuit (art. 1876 C. C.) et que pour nous une présomption d'intuitus personæ résulte de la gratuité (sauf en cas de libéralités à destination anonyme) — mais un article du Code Civil semble renverser en la matière cette présomption. L'art. 1879 décide en effet :

« Les engagements qui se forment par le commodat, passent aux héritiers de celui qui prête, et aux héritiers de celui qui emprunte.

Mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur et à lui personnellement, alors ses hé-

(13) Il convient ici de noter le déclin du titre gratuit : les hypothèses envisagées au texte sont de plus en plus rares : le service d'ami est remplacé par l'acte professionnel qui est rémunéré. L'intuitus personæ disparaît généralement avec le titre gratuit. Sur le déclin du titre gratuit, voy. Jossierand, « Evolutions et Actualités », 1936, p. 135 et suiv.

ritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée. »

Cette règle tient peut-être à ce que le prêteur à usage a généralement en vue la personne de l'emprunteur en tant que voisin — et que dans son intention c'est aussi bien à la famille qu'à l'homme même qu'il rend service. Quoi qu'il en soit, il est certain que l'emprunteur ne pourrait point transmettre, de sa seule volonté, le bénéfice de son contrat à un tiers quelconque, ce qui est une des manifestations principales de l'intuitus personæ.

19. — Certains contrats présentent un caractère mixte gratuit ou onéreux, par exemple la libéralité avec charge. Dans cette hypothèse de la libéralité avec charge, il y a intuitus personæ basé à la fois sur l'affection (dans la mesure où la libéralité a un montant supérieur à la charge) et sur la confiance, bien souvent, en ce qui concerne l'exécution de la charge : le donataire est à la fois créancier et débiteur et sa personne est prise en principale considération — aussi bien pour le bénéfice que procure la libéralité que pour l'obligation que constitue la charge — quelquefois le montant de la charge absorbe toute la libéralité : l'intuitus personæ recouvre alors une idée de confiance, subsidiairement une idée d'affection.

Dans les contrats du droit de famille l'intuitus personæ — basé sur l'affection — existe à l'égard des deux parties.

Dans les libéralités et contrats de bienfaisance, l'intuitus personæ, basé aussi sur l'affection, vise la personne du créancier. Dans la libéralité avec charge, quand la charge absorbe presque toute la libéralité, nous sommes en présence d'un intuitus personæ à base de confiance, visant la personne à

la fois en tant que créancier du donateur et de débiteur vis-à-vis du bénéficiaire. Cette hypothèse nous conduit à l'examen de la seconde catégorie de contrats comportant normalement l'intuitus personæ : les contrats basés sur la confiance lato sensu.

B. — CONTRATS BASÉS SUR UNE IDÉE DE CONFIANCE

20. — Dans ces contrats, l'intuitus personæ vise généralement (14) *la personne ou les qualités du débiteur*. Le créancier a un grand intérêt à ce que ce soit la personne qu'il a choisie qui exécute personnellement l'obligation résultant du contrat — la valeur contractuelle de cette obligation dépend pour le créancier de la personnalité du débiteur. Et l'obligation sera généralement une obligation de faire (15). Pour les obligations de donner (16), il

(14) Il est des contrats où l'intuitus personæ de confiance est relatif à la personne du créancier. Ainsi les conventions ayant pour objet de régler l'exercice du droit de chasse : Sté de chasse, bail de chasse, contrats innommés unissant les cofermiers d'un droit de chasse, clauses réservant le droit de chasse au propriétaire ou à un tiers. Voy. *Infra* N° 27. Peut-être en est-il de même dans les baux d'exploitation. Voyez *Infra* N° 37 et s. On peut d'ailleurs imaginer d'autres hypothèses où c'est la personne du créancier qui a inspiré une confiance décisive. Obligé de quitter Paris un an je loue mon appartement tout aménagé à une personne déterminée parce que j'ai une entière confiance en elle, parce que je suis sûr qu'elle prendra en usant de mon bien, les précautions nécessaires que j'aurais moi-même observées, j'ai confiance en elle en tant qu'elle est mon créancier. Autre exemple : Secrétaire, je ne loue mes services qu'à tel patron parce que je sais qu'il ne m'emploiera qu'à des travaux intéressants. J'ai confiance en mon créancier.

(15) Ceci ne veut pas dire que toute obligation de faire comportera l'intuitus personæ ! Certes, quand on stipule une obligation de faire de quelqu'un c'est son intervention, son action que l'on a en vue ; mais ce n'est pas toujours son

semble en effet que la personnalité du débiteur n'intervienne nullement. Cependant cela n'est peut-être pas toujours exact et il nous semble que même dans

action personnelle. Rigoureusement, il semblerait que ce devrait être cette intervention personnelle qui fut l'objet exigible car dans toute obligation de faire l'exécution se trouve nécessairement influencée par les qualités du débiteur, de la personne qui la paie. Et cette opinion avait été soutenue au début à Rome (Vol. 31 Dig. De Solut. XLVI, 3). Mais la logique trop rigoureuse de cette solution ne pouvait cadrer avec la réalité des faits et les besoins pratiques. Les conventions en effet ont besoin de stabilité. Contracter, c'est la plupart du temps se donner une assurance pour l'avenir. Stipuler une obligation de faire, c'est obtenir à son profit l'action d'une personne, une certaine activité, un acte ou une série d'actes. Exiger que cet acte ou ces actes soient accomplis par la personne elle-même du débiteur, c'est se priver du bénéfice de cette activité que le contrat vous assurait quand le débiteur est mort ou ne peut payer en personne l'obligation, c'est se priver de l'activité à peu près équivalente de ses héritiers ou d'un tiers substitué pour le paiement. Ce serait ne pas atteindre le but du contrat, quand le but cherché est d'obtenir plus une certaine activité que l'activité de telle personne spécialement choisie. Aussi la règle stricte, trop rigoureuse, ne prévalut point à Rome. On admit que l'obligation de faire, quand elle n'est pas de celles pour lesquelles les aptitudes spéciales du débiteur constituent la raison déterminante de leur naissance et en vue desquelles les parties auraient traité, se transmet aux ayants cause (L. 13 Code de Contr. et Commit. stip. VIII, 38). C'est ce principe que Pothier reproduit (Traité des Obligations N° 673, T. II, p. 369) et rien ne donne à penser que les rédacteurs du Code Civil aient entendu s'écarter de ces traditions (art. 1122 ; art. 1237 a contrario).

Ainsi l'obligation de faire n'est pas nécessairement *intuitus personæ*. En principe, elle se transmet aux ayants cause (art. 1122) et peut être exécutée par un tiers (art. 1237 a contrario). Mais ces deux solutions sont à écarter quand l'obligation a été créée *intuitu personæ*, quand ce sont les aptitudes propres du débiteur qui ont été la raison déterminante du consentement au contrat.

(16) Sur ce qu'il faut entendre par « Obligation de donner », vovez un résumé des différentes opinions, dans Demog. T. VI, N° 58 et s., p. 76 et s.

Au texte, cette expression est employée dans un sens large.

les contrats donnant naissance à des obligations de donner l'intuitus personæ peut trouver sa place d'une manière normale. Certes, il s'agira d'un intuitus personæ légèrement différent de celui qui se rencontrera dans les obligations de faire : en principe il n'interviendra pas *relativement à la qualité de la prestation, à la manière d'exécuter le contrat*, mais il interviendra, *comme garantie de réalisation de cette prestation, comme préoccupation d'assurer l'exécution du contrat*. Ainsi dans un prêt d'argent à intérêt sans stipulation de garantie d'aucune sorte, ni personnelle ni réelle — la personne de l'emprunteur sera déterminante pour le prêteur — il ne prêtera qu'à la personne en laquelle il aura confiance — et pourtant, lors de l'échéance, une autre personne pourra se substituer à l'emprunteur pour exécuter l'obligation de rendre, et l'obligation de cet emprunteur passera à ses héritiers — souvent nous assistons à un mélange de ces deux aspects de l'intuitus personæ : l'intuitus personæ relatif à l'exécution de l'obligation et l'intuitus personæ, garantie de la réalisation effective de cette exécution. Nous retrouverons ces aspects chemin faisant.

21. — *Le Dépôt*. — Nous avons vu que le dépositaire s'engage en général en considération de la personne du déposant puisque le contrat est essentiellement gratuit (art. 1917 C. Civ.). Quand le dépositaire stipule un salaire (art. 1928 2° C. Civ.) il ne semble pas qu'il s'engage alors d'une manière normale en considération de la personne du déposant (17).

(17) Ce cas est de plus en plus fréquent de nos jours où le dépositaire est devenu — dans diverses branches — professionnel ; exemple : garagiste, garde-meubles. Cf. Josserand, « Evolutions et actualités », Le déclin du titre gratuit, p. 143.

Mais que le dépôt soit gratuit ou salarié, la personne du dépositaire est prise en principale considération par le déposant : s'il n'avait pas confiance en la personne du dépositaire, il n'effectuerait pas le dépôt chez lui. Il a confiance en lui pour la garde de la chose, et sa restitution, pour celle de ses fruits si elle en produit (art. 1936 C. Civ.), pour qu'il ne l'utilise pas (art. 1930) ou pour qu'il ne cherche pas à la connaître (art. 1931).

Ces raisons demeurent au cas où le dépôt a été fait uniquement dans l'intérêt du dépositaire (art. 1928 3°) mais dans ce cas, une idée d'affection du déposant vis-à-vis du dépositaire viendra souvent éclipser l'idée de confiance, ou tout au moins se juxtaposer à elle puisqu'il s'agira essentiellement d'un service rendu.

Ainsi, choisir son dépositaire présente une grande importance pour le déposant. Mais il ne faut pas exagérer outre mesure le rôle de l'intuitus personæ dans ce contrat. C'est qu'en effet, pour réaliser la mission de confiance dont il a été chargé, le dépositaire n'a à jouer qu'un rôle passif. Certes, il doit aussi donner à la chose tous les soins que l'usage ou la convention exige mais cette obligation n'est qu'accessoire — les obligations fondamentales étant celles de garde et de restitution. L'exécution de ces obligations ne semble pas nécessiter d'une manière absolue l'intervention effective de la personne du dépositaire, l'objet des obligations de ce contractant est de rendre, intacte, la chose déposée. Il semble donc que l'intuitus personæ qui apparaît dans le dépôt tiende le milieu entre celui impliqué par le prêt d'argent par exemple, et celui inhérent au mandat, entre l'intuitus personæ relatif à la garantie d'accomplissement de l'obligation (préoccupation d'as-

surer l'exécution du contrat) et l'intuitus personæ intimement impliqué pour l'exécution même de l'obligation (manière d'exécuter le contrat).

Et cette idée qui ressort de l'analyse de l'économie du contrat, explique peut-être la divergence des auteurs à propos de la substitution de dépositaire (18). Pour nous, en principe, le dépositaire ne peut se substituer un tiers.

De même, nous pensons que le décès du dépositaire met fin au dépôt (19). Les héritiers du dépositaire devront immédiatement restituer la chose sauf nouveau contrat entre eux et le déposant et réserve faite de l'hypothèse prévue en l'art. 1935 du C. Civil. Cependant, la restitution du dépôt a généralement lieu bien avant le décès du dépositaire, soit par suite de l'existence d'un terme exprès ou tacite, soit sur la demande du déposant et cela à tout moment, alors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution (art. 1944 C. Civ.). Cette faculté de résiliation par le consentement d'un seul est basée en partie peut-être sur l'intuitus personæ, sur l'idée que la confiance est tellement essentielle que le déposant peut réclamer son bien quand il n'a plus de confiance, quand il le veut (20).

(18) Pour MM. Planiol, Ripert et Savatier, le dépositaire ne peut, en principe, se décharger sur autrui, sauf le cas de force majeure, T. XI, N° 1183, p. 472. Baudry et Wahl soutiennent une autre opinion, T. XXIII, N° 1057, p. 579.

(19) Quand le dépositaire est un professionnel il arrive souvent que c'est plus sa personnalité commerciale que sa personne même qui est prise en considération et même l'intuitus firmæ tend à supplanter l'intuitus personæ. Si bien que la cession de la firme à un tiers ou sa transmission aux héritiers, ne fera plus cesser le dépôt.

(20) Voir infra, seconde partie.

22. — Le rôle de l'intuitus personæ — qui apparaît dans le dépôt, alors que le dépositaire n'a pas un rôle actif à jouer — va s'intensifier en matière de *mandat* où le mandataire accomplira des actes juridiques pour le mandant la plupart du temps par représentation ; le mandant ne confère le pouvoir de le représenter pour l'accomplissement d'actes juridiques, dont les effets se produiront directement sur sa tête, qu'à une personne en qui il a entièrement confiance (21). La réglementation légale consacrée au mandat est largement imprégnée de cette idée, et nul ne songe à en contester le bien-fondé. Ainsi l'art. 2003 C. Civ. décide que le mandat finit par la révocation... la mort naturelle (ou civile), l'interdiction ou la déconfiture... du mandataire. Cette réglementation était déjà consacrée par le Droit romain. Mais ces principes, plus ou moins absolus à l'origine se sont assouplis. Si bien que, lors de la rédaction du Code Civil, une discussion a pu s'élever à propos de la substitution du mandataire — et l'incident témoigne de l'évolution de l'économie du contrat de mandat (22). Nous étudierons la question

(21) Le consentement du mandat est déterminé par la confiance en la personne du mandataire. Celui du mandataire — nous l'avons vu — par l'affection en la personne du mandant. Le Tribun Bertrand de Grenille pouvait donc dire devant le Corps législatif (Fenet, T. X. p. 606) : « Le mandat est un échange de confiance et de bienfaisance, qui a lieu entre les deux contractants ». Cela est vrai aussi pour le dépôt. Dans ces cas et autres semblables, il y a intuitus personæ pour les deux contractants. Pour l'un, c'est l'intuitus personæ de confiance, pour l'autre, d'affection. En matière de société il y a intuitus personæ au regard de tous les contractants, mais pour tous il s'agit d'intuitus personæ de confiance (V. le N° suivant).

(22) V. Fenet, T. XIV, p. 572 et suiv.

plus en détail au moment opportun (23). Quoi qu'il en soit, le mandat comporte normalement l'intuitus personæ, il en est de même de la société civile qui suppose d'ailleurs en principe, que les associés se sont donnés réciproquement mandat.

23. — *La Société civile* (24) est donc un contrat conclu en principe intuitu personæ : la personne de chaque contractant est déterminante du consentement des autres. C'est une des idées fondamentales autour desquelles s'est cristallisée la réglementation légale de la société (voir notamment les articles 1844, 1861, 1863, 3°, 4°, et 5° du Code Civil).

Et la doctrine comme la Jurisprudence étant unanimes à le reconnaître nous n'insisterons pas (25). Cependant nous devons mentionner qu'une évolution, commencée depuis longtemps, s'est produite et que sous la nécessité des besoins pratiques, les parties ont pris l'habitude d'adopter dans les statuts des clauses qui diminuent le rôle joué jadis par l'intuitus personæ dans ces contrats (26), soit en ce qui concerne la question de transmissibilité des parts sociales aux héritiers, soit à propos de celle de leur cessibilité aux tiers — et une grande partie de la doctrine proclame aujourd'hui la réadaptation de

(23) V. II^e Partie.

(24) Pour la question de l'intuitus personæ, dans les sociétés, V. Biblio. citée sous le N° 4 in fine.

(25) Pour l'intuitus personæ dans la société en D.R., V. la Thèse de M. Emile del Chiàro.

(26) Si on a constaté la diminution du rôle de l'intuitus personæ dans les sociétés civiles et dans les sociétés de personnes en général, on a par contre remarqué son introduction progressive dans les sociétés de capitaux — mais sous une forme atténuée — si bien qu'il est parfois difficile de distinguer en présence de quelle société l'on se trouve, société de personnes ou société de capitaux.

la réglementation légale de la société à son économie nouvelle (27).

24. — *Le colonage partiaire ou métayage*, qui a été rapproché tantôt de la société, tantôt du bail, ou qui a été traité comme contrat sui generis, a toujours été rattaché à la société en ce qui concerne l'intuitus personæ.

Dans ce contrat le colon ou métayer est choisi intuitu personæ. Sa personne, ses qualités techniques et morales sont une des considérations déterminantes du consentement du bailleur. Les textes, la jurisprudence et la doctrine sont aujourd'hui fixés très nettement sur ce point. Les textes, ce sont les articles 1763 et 1764 du Code Civil et l'art. 6 de la loi du 18 juillet 1889.

L'art. 1763 C. Civ. interdit au colon la sous-location et la cession « si la faculté ne lui en a été expressément accordée par le bail ». Ce qui est la règle inverse de celle posée par l'art. 1717 pour le bail en général. Et l'art. 1764 établit la sanction de la règle que pose cet art. 1763.

Quant à l'art. 6 de la loi du 18 juillet 1889, tranchant une controverse, il pose le principe que le bail de la métairie est résolu par la mort du preneur.

Les travaux préparatoires (28) de ces deux sé-

(27) Voir notamment Thèse Banomyong et Cazagne.

(28) Fenet, t. 14, p. 317 (présentation au Corps législatif et exposé des motifs par M. Galli). « Il est bien clair que c'est là le cas, d'*electa industria*... je ne ferais pas un contrat de colonie partiaire avec un homme inapte, quelque condition onéreuse qu'il fût prêt à subir, et quelques avantages il voudrait m'accorder. »

Et Mouricault dans le rapport fait au Tribunal, comparant les art. 1717 et 1763, dit : (Fenet 14, p. 335) « La raison de cette différence de droits résulte de ce que le colon

ries de textes ne laissent aucun doute sur le fondement de ces dispositions : « dans ces sortes de contrats » (colonage partiaire et société), ainsi que le disaient les Romains « electa est industria ». Et cette solution est tout à fait logique si l'on songe que c'est essentiellement de l'activité et de l'honnêteté du preneur que dépendra la rémunération du bailleur, portion des fruits — en principe la moitié (art. 2 loi 1889). L'activité de la personne du preneur agissant directement sur le patrimoine du bailleur, il est naturel que la considération de sa personne et de ses qualités soient déterminantes du consentement du bailleur. Cette influence directe de l'activité du colon sur le patrimoine du bailleur apparaît aussi à propos de l'usage et de l'entretien en bon état du sol et des cultures, considération qui prend une importance de premier plan si l'on songe aux progrès de la technique agricole. Et cette considération se retrouvera dans le bail à ferme.

Devant des textes aussi nets, la jurisprudence est aujourd'hui définitivement fixée. Avant la loi de 1889 d'ailleurs elle n'hésitait en ce qui concerne l'intuitus personæ que sur le point de savoir si la mort du preneur mettait fin au contrat. La Cour de Paris (29) avait admis la négative en se basant sur ce qu'aucune exception n'avait été admise dans le Code civil, au principe posé par l'art. 1742.

C'est aussi ce seul point — en ce qui concerne

partiaire est une sorte d'associé et qu'il est de principe, en matière de société, que personne ne peut être introduit sans le consentement de tous les associés ».

Quant aux travaux préparatoires de la loi de 1889, ils sont aussi formels. V. par exemple : le rapport Clément au Sénat (J.O. 2.6.1880, Ann. D. 5957, N° 282) et le rapport Million à la Chambre (J.O. 27 juil. 1880, Ann., p. 756) et résumé dans le D. 1880, 4.24 et S. 1889, 561.

(29) Paris, 21 juin 1856, S. 56.2.560.

la considération de la personne du preneur — qui divisait avant 1889 la doctrine. Car tous les auteurs admettaient que la considération de la personne du preneur était déterminante pour le bailleur — aussi bien ceux qui voyaient dans le métayage un contrat de société ou se rapprochant davantage de ce contrat que ceux qui y voyaient un louage ou ceux qui y discernaient un contrat d'une nature mixte.

Et tous les auteurs modernes admettent l'existence de l'intuitus personæ en ce qui concerne la personne du preneur — notamment tout le monde (30) est d'accord pour reconnaître que l'erreur sur la personne du métayer permettrait l'annulation du contrat en vertu de l'art. 1110 al. 2 C. Civil.

25. — *Dans le bail à colonage perpétuel ou à métairie perpétuelle* (31), l'intuitus personæ existait aussi. C'était un contrat par lequel le propriétaire d'un fonds en concédait la jouissance à un particulier pour lui et ses descendants à perpétuité, sous la condition d'un partage de fruits. Son régime juridique était constitué par les mêmes règles que celui du bail à métairie ordinaire. Notamment en ce qui concerne l'intuitus personæ, le colon ne pouvait

(30) Planiol, Ripert et Hamel, T. X. N° 672, p. 865-866. Baudry, Lacantinerie et Wahl I. N° 54, p. 33 et Biblio. citée. Aubry et Rau T. IV, § 343 bis, p. 494 et la note 4 septièmes.

Larombière I N° 15, p. 53-54 et Biblio.

Demogue I, N° 241, p. 395.

(31) Voyez Planiol, Ripert et Hamel, T. XI, p. 904, N° 714. Baudry-Lacantinerie et Wahl, T. I. p. 884, N° 1.525 et Biblio. indiquée note 8. Dalloz Jur. Gén. V. louage à colonage perpétuel. Ce bail a survécu à l'abolition des tenures féodales, car il est purement foncier; les prestations dues par le colon ne sont pas rachetables; Cass. Civ. 11 août 1840, r. S. 40.1.673.

céder son droit sans le consentement du propriétaire. Mais quelques particularités tenaient au caractère perpétuel du contrat (32).

26. — Tous les *baux à cheptel* comportent en principe l'intuitus personæ. Cela est évident pour le cheptel donné au colon partiaire (33) puisqu'il suit les règles du colonage partiaire en tant qu'accessoire de ce contrat, de même que pour le cheptel à moitié qui est une véritable société. Mais cela est vrai aussi pour le cheptel simple. Bien que ce contrat présente un caractère hybride (34) comme le métayage, on admet qu'il comporte l'intuitus personæ quant à la personne du cheptelier, non du bailleur (35) : la mort du preneur en effet met fin au contrat (36) et le cheptelier ne peut donner à sous-cheptel les animaux qui lui ont été confiés (37). Ces règles s'expliquent fort bien si l'on songe que le cheptelier a pour obligation de garder, nourrir et

(32) Le bail se transmettait aux descendants du colon, les filles n'étant pas exclues, — évidemment c'était une atteinte à l'intuitus personæ.

Si le colon mourait en ne laissant que des femmes et des enfants mineurs ceux-ci pouvaient se retirer de l'exploitation. Il ne devait y avoir sur le domaine qu'une seule habitation ; les membres de la famille du colon en trop s'en allaient et recevaient une indemnité.

(33) Le cheptel donné au fermier suit — à titre d'accessoire — les règles du bail à ferme. Et cela va lui permettre, du moins pour nous, d'être intuitus personæ, nous verrons en effet que le bail à ferme comporte l'intuitus personæ V. infra, N° 39.

(34) V. Planiol, Ripert et Hamel, T. X. P. 931. N° 738.

(35) Le bailleur n'est pas en principe choisi intuitu personæ, sauf pour ceux qui voient dans le contrat une société Cf. Planiol etc. op. cit. T. X. p. 942 N° 746 et notes 5 et 6.

(36) Aubry et Rau, T. V. § 376 p. 691 et note 10 bis. Pothier y voyant un louage de choses décidait le contraire « Traité des Cheptels » N° 3. De même Guillouard T. II N° 936.

(37) Aubry et Rau, T. V. § 376 p. 687. Note 1 bis.

soigner les animaux et de supporter la moitié des pertes avec le bailleur — obligations dont l'exécution a une répercussion directe sur le patrimoine du bailleur.

27. — *La Société de chasse* — considérée comme une société civile aujourd'hui (38) — comporte indiscutablement l'intuitus personæ. On peut d'ailleurs en dire autant *des contrats innommés qui unissent les cofermiers d'un droit de chasse* (39) ou *des clauses réservant le droit de chasse aux propriétaires ou à un tiers* (40), toutes conventions ayant pour objet de régler l'exercice du droit de chasse. Parmi les raisons déterminantes de ces conventions, en effet, il faut placer au premier plan celles tirées de la situation personnelle ou des qualités particulières de celui qui est admis à participer à l'exercice du droit de chasse, par exemple, de son habileté plus ou moins consommée comme chasseur, de l'usage plus ou moins fréquent qu'il fera de son droit, de ses rapports avec les autres participants. Qu'un tel droit ne soit transmissible ni aux tiers ni aux héritiers, cela ne fait point de doute (41) ; seule en effet, la personne choisie, agréée, peut chasser.

Et toutes ces raisons viendront à l'appui de cette idée que la personne du fermier est détermi-

(38) Cass. Civ. 14 mars 1933 S. 1933.1.191. La note et les renvois.

(39) Req. 24 avril 1867 et Dijon 28 J. 1875 D. 77. I. 196.

(40) Paris (Ch. Corr.) 12 Déc. 1867 S.66.2.225 P. 63 857. Req. 31 oct. 1898, D.P. 1898.1.563 avec la note et les renvois. Paris, 21 mars 1928, G.P. 1928.1.711 et Rev. Trim. 1928, p.706. Cass.crim. 2 nov. 1934, G.P. 1934.2.806 et Rev. Trim. 1935, p.172.

(41) Le prétendu cessionnaire commettrait en chassant sur le terrain loué le délit prévu par la loi du 3 mai 1844 (art. 1 et 11), v. arrêt Paris précité.

nante pour le propriétaire dans le bail de chasse — comme nous le verrons à propos des baux d'exploitation.

28. — *Le contrat d'association comporte-t-il l'intuitus personæ ?*

Convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager les bénéfices (art. 1^{er}, Loi du 1^{er} Juillet 1901) il semblerait a priori que l'intuitus personæ fut un élément toujours important dans la formation de ce contrat. C'est essentiellement une collaboration de personnes qui en résulte. Cependant la question demande à être précisée.

La réglementation juridique donnée à ce contrat par la loi du 1^{er} Juillet 1901 ne permet aucune solution quant à l'intuitus personæ. L'art 1^{er} de cette loi renvoie pour la validité du contrat aux principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations. Il faut donc rechercher si, et dans quelle mesure, la considération de la personne de chaque associé sera déterminante. Cependant, il est un principe certain, admis par tout le monde : c'est que dans le silence des statuts, le contrat ne prend pas fin par le décès (pas plus que par la démission) d'un membre (42). « L'intuitus personæ n'est généralement pas tel en effet, dans les associations que la disparition d'un membre soit de nature à empêcher le groupement de suivre son cours normal. En prin-

(42) Planiol, Ripert, Savatier, T. XI, N° 1094 p. 366. N° 1088 p. 360. Baudry, Lacantinerie et Wahl, N° 594. Trouillot et Chapsal, p. 144. Pichat, p. 144 et 174. Lecourtois du Manoir..., p. 248 s. et p. 250.

cipe donc, l'association continue entre les survivants » (43). Il n'y a pas lieu d'appliquer par analogie l'art. 1865 du Code Civil.

Mais si la mort d'un associé ne rompt pas la convention entre les survivants, peut-on dire cependant qu'elle le rompt en principe, vis-à-vis des héritiers de l'associé prédécédé, comme le prétendent certains auteurs (44) ? La qualité d'associé est-elle d'une manière générale, personnelle au point de n'être pas transmissible aux héritiers ni cessible aux tiers (45) ? L'importance de la considération de la personne de l'associé postule-t-elle en principe l'application de l'art. 1110 al. 2 C. Civ. (46) ? le contrat est-il *intuitus personæ* ? Si des auteurs répondent affirmativement sans hésiter, d'autres nous paraissent plus prudents (47). Nous pensons que la question ne se posera que très rarement ; dans la très grande majorité des cas, en effet, la volonté des parties aura, dans les statuts la plupart du temps, déterminé le caractère fermé ou non du groupement et vis-à-vis des héritiers et vis-à-vis des tiers, si bien qu'il sera aisé de reconnaître l'existence et la me-

(43) Planiol et Ripert *ibid.* N° 1094, et ces auteurs ajoutent : « Il en serait autrement toutefois si les circonstances de fait donnaient à penser qu'en contractant les associés n'ont entendu rester liés les uns aux autres que tant que leur nombre primitif resterait intact. Tel paraît être en général le cas pour les associations à durée limitée n'admettant ni démission ni admission nouvelle ».

(44) Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 144.

(45) Trouillot et Chapsal, p. 137.

(46) Des auteurs ici, répondent affirmativement : Trouillot et Chapsal, p. 42.

Houpin et Bosvieux : *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 7^e, éd. 1936, T. I, N° 10, p. 19.

(47) Planiol et Ripert (Savatier), *op. cit.* N° 1083, p. 354 et N° 1088, p. 360.

sure de l'intuitus personæ. Et il convient de remarquer que dans de nombreux cas, l'intuitus personæ existera.

29. — *Quand le contrat de louage de services comporte-t-il d'une manière normale, sans stipulation spéciale, l'intuitus personæ ?*

La question se pose surtout en ce qui concerne la personne de l'ouvrier. La considération de la personne du patron semble rarement déterminante : d'une part en effet son obligation principale consiste à payer le salaire convenu et les ouvriers bénéficient d'un privilège en cas de faillite du patron (art. 549 C. Com.). D'autre part, la loi du 19 Juillet 1928 établit en règle, que l'employé entend s'engager envers l'entreprise (48). La question est beaucoup plus délicate en ce qui concerne la personne de l'ouvrier (49). La considération de cette personne et de ses qualités est-elle, d'une manière normale, déterminante de la volonté du patron ?

(48) Cpr. Esmein dans Planiol et Ripert, T. VI, N° 331, p. 455, Note 5.

(49) Certains codes étrangers récents admettent expressément la présomption de la personnalité du fait promis dans le louage de services. Art. 613 et suiv. Code civil allemand : « Dans le doute, l'obligé à la prestation de services doit les fournir en personne ». Idem l'art. 1161 du Code autrichien, art. 327 du Code Fédéral des Obligations : « L'employé doit exécuter en personne le travail promis, à moins que le contraire ne résulte de la convention ou des circonstances ». Enfin, art. 35 du Code du Travail de la Russie Soviétique (1922) : « Celui qui a loué ses services n'a pas le droit, sans le consentement de l'employeur, de confier à autrui l'exécution de l'ouvrage qui lui est demandé... L'artel qui s'est loué par un contrat de travail peut, en l'absence de convention contraire, répartir elle-même l'ouvrage entre ses membres et remplacer les uns par les autres ». L'artel est une association libre d'artisans, d'employés subalternes civils ou militaires formée en vue d'accomplir une fonction ou d'exécuter une tâche en commun, avec responsabilité solidaire.

Le régime juridique du contrat de travail ne nous fournit pas une solution satisfaisante. En effet, s'il est admis unanimement que ce contrat cesse à la mort de l'ouvrier, cette règle s'applique aussi au contrat de travail passé par un manœuvre, contrat qui généralement n'est pas *intuitus personæ* : cette règle de la dissolution du contrat de travail par la mort de l'ouvrier tient à ce que l'objet du contrat est la mise en œuvre de la force de l'ouvrier, force qui disparaît avec la personne physique (50). Et ce serait attenter à la liberté des héritiers que de les obliger à cette dette de leur auteur, dont l'exécution engagerait leur personnalité plutôt que leur patrimoine.

Quand donc, en l'absence de volonté des parties suffisamment explicite, devra-t-on tenir compte de l'erreur sur la personne de l'ouvrier ? Quand n'admettra-t-on pas la possibilité pour l'ouvrier de faire exécuter son travail par un tiers ?

La doctrine sur ce point paraît flottante (51).

(50) Cette force de travail n'est pas une marchandise comme les autres (art. 427 *Traité de Versailles*).

(51) MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Du contrat de louage*, T. II, 2^e partie, au N^o 1673, renvoient au droit commun de l'art. 1110, al. 2 C. C., pour la question de l'erreur sur la personne (p. 26) et s'ils admettent aux N^{os} 1697 et 1699 l'impossibilité pour l'ouvrier de céder son marché à un tiers, ils en donnent deux raisons (le choix basé sur les qualités personnelles — ce qui touche directement à l'*intuitus personæ* — et l'interdiction de la cession de dette).

M. Rouast dans le *Traité de Planiol*, et Ripert, T. XI, p. 77, N^o 843, affirme que le contrat est conclu *intuitu personæ*, mais ailleurs, il est moins ferme, *ibid.* p. 30, N^o 791. « L'erreur sur la personne est prise en considération en raison du caractère personnel du contrat, lorsque les qualités sur lesquelles porte cette erreur ont été déterminantes du consentement ».

Le même auteur, dans son *Traité sur les Accidents du Travail et des Maladies professionnelles*, en collaboration avec M. Givord, semble dire le contraire, p. 77, N^o 69 : « La con-

Il nous semble que le problème ne peut recevoir une solution tranchée, et que c'est l'usage qui, en la matière, permettra une décision raisonnable. Le contrat comportera d'une manière normale l'intuitus personæ s'il est d'usage (52) dans les contrats

sidération de la personnalité de l'ouvrier n'est en général pas déterminante de son embauchage ».

Aubry et Rau écrivent que l'ouvrier doit fournir son travail en personne, T. V, § 372, 5°, p. 418 (1907) et Note 93.

M. Pic dans son *Traité élémentaire de Législation Industrielle*, 6^e éd. 1903, N° 1184, p. 835, a l'air plus explicite : « Le contrat de louage de services étant contracté intuitu personæ, la mort de l'ouvrier met fin au contrat ». Mais cette raison n'est pas toujours la bonne (v. notre texte) si bien que l'on peut se poser la question de savoir ce que M. Pic entend par intuitus personæ.

M. Voirin, dans sa note consacrée à l'intuitus personæ, sous Lyon 16 mai 1928, D.P. 1928.2.196, dit que « si le contrat de travail peut être conclu intuitu personæ, en fait, le plus souvent, il ne l'est pas ». M. Amiaud est plus net : « Il y a intuitus personæ » (*Cours de législation industrielle*, 3^e année, 1935, p. 127 et 501).

La question n'a pas été précisée par l'avant-projet de la Société d'Etudes législatives et le projet du Gouvernement sur le contrat de travail (Bull. Sté Et. Lég. 1906, p. 507).

(52) Il s'agit d' « usages conventionnels », c'est-à-dire de pratiques en général locales ou professionnelles (ici ce sont plutôt des pratiques professionnelles) que les particuliers suivent dans leurs contrats et auxquelles ils sont censés se référer lorsqu'ils n'y dérogent pas. (Cpr. Planiol, T. I, N° 14, p. 6 ; Geny, *Méthode d'interprétation*, N°s 130 et suiv. V. aussi E.-H. Perreau, *Rev. Trim.*, T. X, 1911, sur le rôle de l'habitude dans la formation du droit privé ; Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, N° 49 et s., p. 43 et s.). Les usages, comme le remarque Planiol (loc. cit.), empruntent leur force à la convention présumée des parties. On pourrait donc voir ici une introduction de l'intuitus personæ. Mais il semble que l'intuitus personæ résulte surtout de la nature du contrat, quand il s'agit d'un travail pour lequel on tient en général compte des aptitudes personnelles de l'exécutant. Et c'est pour déterminer quels sont ces travaux que l'usage intervient. En dehors d'un usage en ce sens et d'une volonté d'introduction de l'intuitus personæ expresse ou tacite dans la convention de louage de travail

du même genre et notamment en raison de la nature du travail à effectuer, de prendre en considération principale les qualités du travailleur, si ces qualités paraissent être un élément important du contrat (53).

Quelques observations donnent une idée des travaux pour lesquels cet usage existera vraisemblablement.

Le contrat de travail comportera généralement l'intuitus personæ quand il sera relatif aux employés, car ceux-ci sont préposés à des travaux d'ordre plutôt intellectuel que matériel (54).

Plus le travail sera intellectuel, plus l'existence de l'intuitus personæ sera probable. Il en sera ainsi dans les contrats liant les auxiliaires salariés des

envisagée, l'intuitus personæ existe-t-il ? La question est délicate. Si l'on peut répondre que la nature du contrat de travail comporte l'intuitus personæ, hypothèse alors où nous serions en présence de l'alinéa 2 de l'art. 1122 C. C., on peut aussi admettre qu'en principe il n'en est pas ainsi, que c'est le droit commun qui s'applique, c'est-à-dire l'art. 1122, al. 1^{er}. Au point de vue du droit positif français, la question est juridiquement délicate. Peut-être faut-il admettre en principe l'absence d'intuitus personæ. Mais en fait, il nous semble, malgré les affirmations de quelques auteurs, que le contrat de travail est le plus souvent conclu intuitu personæ ; le législateur devrait établir, à l'exemple des législations étrangères récentes, une présomption en ce sens. Mais il ne faut pas exagérer la portée d'une telle réforme. L'introduction de l'intuitus personæ paraît en effet facile en présence du principe de l'autonomie de la volonté et du principe de la liberté des formes. Voyez infra, T. II, Ch. 2, Sec. 2.

(53) Cf. Demolombe, Des contrats, T. I, N° 112. Josserand, Les mobiles... N° 48, p. 62.

(54) C'est généralement cette nature du travail qui les distingue des ouvriers. Cf. Pic, Traité élémentaire de législation industrielle, N° 888 et s., p. 610 et s. Pour cet auteur, d'ailleurs, le contrat qui les lie à l'employeur, bien que constituant un véritable louage de services, se nuance d'une idée de mandat. Ibid. N° 890.

professions libérales (55), (journalistes (56), professeurs d'institutions libres, secrétaires, aides-chimistes, aides de clinique, commis d'architectes, clerks, etc.). Avec les progrès de la science, et de la technique, nombreuses sont les professions qui tendent à s'intellectualiser et qui, par conséquent, accentueront le caractère *intuitus personæ* des contrats de travail auxquels elles donneront lieu. Citons par exemple celle d'infirmière (57).

Quelquefois le travail exigera, en plus des qualités intellectuelles, des qualités d'honnêteté qui seront déterminantes du choix de l'employé, du comptable ou de l'encaisseur par exemple. De même les fonctions de direction, les postes de confiance, voire seulement les places de surveillance ou de contremaître, ne seront attribuées qu'*intuitu personæ*. Remarquons que l'*intuitus personæ* relatif au contrat qui lie le contremaître à l'employeur visera et ses qualités en tant que surveillant et ses qualités en tant qu'exécutant.

(55) La jurisprudence voit généralement dans ces contrats de véritables contrats de travail, pour étendre à cette catégorie de personnes le bénéfice des lois protectrices du travail.

(56) Voir la loi du 30 mars 1935 sur le statut des journalistes, la thèse de M. Meynaud, Paris. 1937, et la bibliog. citée p. 314 ; citons ce passage de M. Meynaud, p. 10 : « Le journaliste... s'élève au-dessus de la condition d'un simple salarié, son travail requiert de lui un certain sens de l'initiative, des connaissances tout au moins générales, un talent particulier de rédaction. Certes, il existe dans la profession, de véritables esprits d'élites, dont la production constitue une œuvre littéraire, voire même artistique. Mais pour la masse des journalistes on ne peut songer à employer des expressions aussi élevées ; cependant, presque à tous les degrés, le journaliste accomplit une besogne intellectuelle où sa vraie personnalité transparait. Travail intellectuel, travail personnel, la besogne des journalistes s'affecte plus ou moins de ces deux caractères ».

(57) Voir la Thèse de M. Caillol-Borgeaud, 1936.

C'est que même le travail manuel requiert parfois des qualités qui seront déterminantes du choix de l'exécutant. Les spécialistes — même dans ces travaux manuels — se voient choisis intuitu personæ. Ce sera le cas d'un cimentier, d'un ouvrier électricien, d'un mécanicien, d'un tourneur, etc. Certes, en général, pour ces ouvriers spécialistes, leurs grand nombre permettant leur interchangeabilité économique, voilera le caractère intuitus personæ mais il nous paraît certain que juridiquement l'intuitus personæ existera.

Quelquefois les qualités techniques seront en grande partie innées — ce sera essentiellement le physique de l'individu qui sera déterminant du consentement de l'employeur : les modèles des ateliers d'artistes, des grands couturiers, etc., sont ainsi choisis. Certes, d'autres considérations pourront intervenir, par exemple, celle de bonne présentation, bonne tenue, etc. Mais ce sera avant tout le physique de l'individu qui déclenchera la volonté de l'employeur.

D'autres fois, à côté des qualités techniques proprement dites, on exigera plus spécialement des qualités de bonne présentation, de propreté — il n'est pas jusqu'au caractère qui pourra être déterminant.

Exemple : lectrice, dame de compagnie, etc., c'est que, lors de l'exécution de ces contrats, les rapports personnels seront fréquents entre maître et employé. Ce sera la situation normale pour les domestiques, cuisinières, valet de chambre, chauffeur personnel, et tous ceux qui, par leur fonction, devront se trouver au service de la personne et en contact plus ou moins constant avec elle.

A côté du contrat de travail des gens de mai-

son, on peut placer le contrat de conciergerie (58). Les obligations du concierge exigent une exécution régulière et minutieuse (59) nécessitant certaines qualités, et bien souvent l'honnêteté sera aussi déterminante puisque le concierge encaissera les loyers pour le propriétaire (idée du mandat) (60).

En résumé, le contrat de travail comportera souvent l'intuitus personæ, le choix du travailleur sera déterminé essentiellement par ses qualités professionnelles et quelquefois aussi par des qualités plus générales. C'est, croyons-nous, par l'intermédiaire de l'usage que les différentes circonstances engendrant l'intuitus personæ trouveront leur expression la plus souple et la plus juridique — en dehors des cas où la volonté des parties aura nettement existé en la matière.

30. — *Le contrat d'entreprise* ou contrat de louage d'ouvrage, soulève, sur la question de savoir s'il comporte d'une manière normale l'intuitus per-

(58) Sur ce contrat, voir la Thèse de M. Mars, 1936. Cet auteur exclut des causes pouvant vicier le contrat l'erreur sur la personne (p. 35). Ce contrat ne comporterait donc pas l'intuitus personæ ! Et pourtant M. Mars le décompose en un contrat de mandat (qui, pour tout le monde, comporte l'intuitus personæ) et un contrat de travail (qui, pour M. Mars, comporte l'intuitus personæ, p. 41).

(59) Le propriétaire, en tant que commettant, est responsable, vis-à-vis des locataires, de la mauvaise exécution des obligations du concierge, son préposé, et a fortiori de leur inexécution. Cette responsabilité dont l'existence et la mesure dépendent directement des qualités du concierge, est importante en pratique. Voyez par exemple, pour l'obligation de distribuer le courrier trois fois par jour. Tribunal de Paix, Paris (XIII^e arr.), 24 juill. 36, Gaz. Palais, vendredi 16 oct. et les jugements cités.

(60) Sur ce point cependant, v. Planiol, Ripert et Savatier, N^o 1454 in fine, p. 800, Note 7.

sonæ quant à la personne de l'entrepreneur (61), des difficultés du même ordre, mais légèrement différentes de celles rencontrées à propos du contrat de louage de services ; aussi méritait-il d'être envisagé séparément.

Ce contrat d'entreprise comporte-t-il d'une manière normale, l'intuitus personæ (62) ? Faire à cette question une réponse affirmative ou négative semble quelque peu hardi, étant donné la complexité de ce contrat. Cette complexité tient à la variété d'hypothèses que l'on range, sous cette étiquette, hypothèses où l'on voit, à côté des entrepreneurs se bornant à fournir leurs services, d'autres apportant en même temps que leur travail de la matière, ce qui explique la différence de natures juridiques que reconnaissent à ce contrat les différents auteurs. Pourtant, bien qu'il soit difficile de ramener à l'unité l'économie de ce contrat et sa nature juridique, bien qu'il paraisse a priori délicat d'y affirmer ou d'y nier l'existence d'une façon normale de l'intuitus personæ, il convient cependant de rechercher la règle qui pourra guider l'interprète en ce qui concerne l'intuitus personæ. Et tout d'abord, il faut situer exactement le problème. Il est un point certain, parce qu'il est réglé expressément par le Code Civil : le contrat de louage d'ouvrage est

(61) Quant à la personne du maître, la difficulté n'existe plus, nous semble-t-il. En principe, le maître n'est pas choisi intuitu personæ, sa mort ne peut pas mettre fin au contrat. Il peut le céder à un tiers.

(62) L'art. 364, alinéa 2, du Code fédéral des obligations établit une présomption : « L'entrepreneur est tenu d'exécuter l'ouvrage en personne ou de le faire exécuter sous sa direction personnelle, à moins que, d'après la nature de l'ouvrage, ses aptitudes ne soient sans importance ».

Mais comparez l'art. 379 de ce Code, qui semble différent de l'art. 1795 du Code Civil français.

dissons par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur (art. 1795 du C. C.). Point donc n'est besoin auourd'hui, de rechercher si le contrat est en principe intuitus personæ pour décider de ce point spécial. Mais les autres questions relatives à l'intuitus personæ ne sont pas expressément résolues : notamment l'erreur sur la personne doit-elle y être prise en considération d'une façon normale ? L'entrepreneur peut-il en principe faire exécuter le marché par un tiers ? Et puis, se pose aussi la question de savoir quel est le fondement de l'art. 1795. Est-ce bien exclusivement l'intuitus personæ qui justifie ce texte comme pourraient le laisser prévoir les travaux préparatoires (63) ? Si l'on répond affirmativement, une volonté certaine d'exclure du contrat l'intuitus personæ suffira pour écarter l'application de ce texte ; dans le cas contraire l'art. 1795 continuera à s'appliquer et le fondement de ce texte ne pourra-t-il point servir d'argument pour les autres questions qui sont posées ? Un auteur (64) en se fondant sur un passage des travaux préparatoires du Code Civil (65) relatif au texte devenu l'art. 1795

(63) Rapport du Tribun Mouricault du 14 Ventôse, an XII. Fenet, T. 14, p. 342, que nous citerons infra.

(64) Guillouard, du Contrat de louage, T. II, 3^e éd., 1891, N^{os} 798 et s., p. 364 et s. et p. 380, N^o 819.

(65) Fenet, T. XIV, p. 342. Il s'agit d'un passage du rapport du Tribun Mouricault, le 14 Ventouse, an XII, ainsi conçu : « Hors ce cas (résiliation unilatérale, par volonté du maître, art. 1794), le contrat de louage d'ouvrage n'est dissous que par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou de l'entrepreneur, on distinguait entre le louage d'ouvrage où le talent de l'artiste avait été spécialement considéré, et le louage d'ouvrage pour lequel l'entrepreneur pouvait aisément se faire remplacer (a). Mais il est mieux de ne faire aucune distinction parce que la confiance aux talents, aux soins et à la probité du locateur entre toujours plus ou moins en considération dans le louage d'ouvrage et que c'est toujours en définitif l'obligation d'un fait personnel que le locateur y contracte » (a). V. Pothier, N^o 444 et s.

et sur le fait qu'on prenait en considération et l'habileté et l'honnêteté de l'entrepreneur, a soutenu que le louage d'ouvrage comportait depuis le Code Civil l'intuitus personæ. La convention par laquelle une personne se charge d'exécuter un travail en fournissant la matière ou en ne la fournissant pas, que ce soit une vente (66) ou un louage, est faite en considération du talent, de l'habileté et de la probité de l'ouvrier ; elle est donc personnelle par sa nature.

Cette idée serait la base de l'art. 1795 C. Civil et commanderait l'interdiction pour l'entrepreneur de confier l'exécution de son marché à un tiers (67). Et en posant le principe de cette dernière interdiction Guillouard y apportait une exception : le cas où il s'agirait d'un ouvrage tellement ordinaire qu'il pourrait être indifféremment fait par l'un ou par l'autre.

Cette opinion a été réfutée. On a remarqué (69) que cette distinction vague soulèverait bien des difficultés d'application et qu'elle n'était pas justifiée par l'argument tiré de la prise en considération de l'honnêteté de l'entrepreneur.

D'autre part, l'art. 1795 ne peut apporter dans la discussion un argument, puisqu'il n'existe pas de corrélation entre la transmissibilité par décès et la transmissibilité par cession (70).

(66) Troplong, voyant dans ce cas une vente, refusait d'y appliquer l'art. 1795.

(67) Pour Huc, cette interdiction n'aurait pas d'autre fondement que l'impossibilité de céder ses dettes dans notre droit français, T. X, N° 415, et T. VIII, N°s 11 et 12. MM. Baudry-Lacantinerie et Barde réfutent cette opinion Du contrat de louage, T. II, 2^e Partie, N° 4059, p. 1161.

(68) Guillouard, *ibid.* N° 818, p. 380.

(69) Baudry-Lacantinerie et Wahl, Du contrat de louage, T. II, 2^e Part., N° 4059, p. 1160-1161.

(70) *Ibid.*

Et aujourd'hui les auteurs — renvoyant pour la question de l'erreur au droit commun — posent le principe de la liberté de cession de son marché par l'entrepreneur (71) sauf clause contraire, et à moins qu'il ne s'agisse d'un travail pour lequel les qualités personnelles de l'entrepreneur soient prises en considération par le maître (72).

Et les auteurs invoquent Pothier à l'appui de leur opinion (73).

Mais, comme en matière de contrat de travail, il nous semble que leur opinion manque de précision, du moins pour résoudre la question posée : savoir si l'intuitus personæ existe d'une manière normale dans le contrat d'entreprise en dehors de toute stipulation sur ce point ? Faudra-t-il, en principe, considérer l'erreur sur la personne comme déterminante dans ce contrat ?

Il nous semble qu'à cette question, il faille donner la même solution que celle proposée pour le contrat de travail : c'est l'usage qui permettra de le décider. Le contrat comportera d'une manière normale l'intuitus personæ s'il est d'usage, dans les contrats de ce genre, et notamment en raison de la nature du travail à effectuer, de prendre en considération principale les qualités de l'entrepreneur, si ces qualités paraissent être un élément important du contrat.

Et comme pour le contrat de travail nous donnerons quelques indications sur ce que peuvent être les usages en la matière.

(71) Baudry-Lacantinerie et Wahl : *ibid.*

Planiol, Ripert et Rouast, T. XI, N° 929, p. 177.

(72) Rouast : *ibid.*

(73) Baudry et Wahl (*loc. cit.*). Remarquons que Pothier parlait des « ouvrages de génie ». Du contrat de louage, N° 421 (Bugnet IV, p. 141).

31. — Nul ne contestera d'abord que le contrat ayant pour objet une œuvre de génie, un « travail de génie » (74) est conclu normalement *intuitu personæ*. Il s'agit généralement d'un travail intellectuel ou artistique. On le voit, la même idée signalée à propos du contrat de travail reparait ici. Seules quelques personnes, seule une personne parfois, possèdent les facultés et les connaissances nécessaires à l'accomplissement de l'œuvre. C'est à elles que l'on s'adressera. Leur personnalité paraît être d'une importance capitale dans l'opération, dans l'entreprise. On les a choisies pour leur science, pour leur art ou leur originalité. Ainsi l'administration d'un journal demande un article à l'écrivain X..., un particulier ou une société une consultation à tel professeur, un impresario une série de représentations à tel artiste (75). Certes souvent l'*intuitus personæ* résultera de la volonté des parties, expresse ou tacite : généralement l'existence de l'*intuitus personæ* sera démontrée soit par l'élévation du prix, soit par la détermination précise de l'objet du contrat. Ce dernier point mérite une explication : l'accord des parties porte non sur la création d'une œuvre par une personne quelconque mais sur sa

(74) Expression de Pothier.

(75) Le joueur professionnel de football ou de rugby peut être considéré comme choisi *intuitu personæ*. C'est un véritable artiste bien souvent, comme le précise un jugement dans ses motifs (Trib. civ. Caen, 24 juin 1936, D.P. 1937.2.36). Mais si le contrat qui le lie à la société est certainement empreint d'*intuitus personæ*, sa nature est discutée. Pour la jurisprudence, c'est un louage d'ouvrage, une entreprise (jugement précité et Trib. civ. Montpellier, 28 février 1934, eodem loco). M. Jean Loup, dans sa note sous ces décisions y voit plutôt un contrat de travail, un louage de services, car pour lui le lien de subordination, caractéristique de ce contrat, existe.

réalisation par une personne bien déterminée : l'œuvre est différente selon la personnalité de l'auteur, l'objet du contrat n'est plus presté si l'auteur n'est pas celui choisi, la loi que les parties s'étaient donnée n'est pas respectée. Mais en dehors de toute volonté concernant l'intuitus personæ, il faudrait présumer le caractère personnel du contrat, et cela en vertu de l'usage en la matière (76).

Cette idée apparaît plus nettement dans les contrats que l'on passe avec son médecin, ou son avocat. On ne prend pas la peine de stipuler dans le contrat son exécution par le praticien choisi, la chose va de soi, et cela, nous semble-t-il, en vertu des usages.

Le phénomène se retrouve aussi dans les contrats que l'on passe avec la plupart des gens exerçant des professions libérales, du moins quand la nature intellectuelle ou artistique du travail vient colorer ces opérations : c'est par exemple le cas d'un architecte.

La question paraît plus délicate pour l'entreprise de construction — et elle a donné lieu à controverse. Les usages en la matière nous semblent devoir être une indication fort précieuse. Il semble par exemple que l'entreprise de construction d'une maison bourgeoise soit confiée normalement intuitu personæ : le maître a en vue les qualités techniques de l'entrepreneur, sa rapidité dans l'exécution des travaux, son honnêteté pour les quantités et qualités de matériaux fournis, et sa solvabilité pour l'accomplissement normal des travaux et la garantie.

La question est aussi délicate pour les contrats

(76) Il nous semble que dans le silence du contrat, les parties sont censées s'être référées aux usages en la matière. Il y a là une volonté présumée. Voyez supra N° 29.

que l'on passe avec les artisans — soit que l'on fournisse la matière, soit qu'on les charge de la fournir eux-mêmes (77). Il semble ici aussi que le caractère plus ou moins artistique du travail et surtout l'usage pour les commandes analogues viendront donner une directive précieuse à l'interprète.

32. — Certaines variétés d'entreprises présentent une physionomie spéciale, une certaine autonomie, sont considérées comme des contrats sui generis, ont reçu des noms. Il nous faut rechercher si ces contrats (bail à nourriture, édition, souscription à un ouvrage, assurance) comportent d'une manière normale l'intuitus personæ.

Le bail à nourriture (78) comporte indiscutablement l'intuitus personæ. Souvent conclu entre parents ou entre gens qui se connaissent bien, créant une communauté de vie de tous les instants, plus étroite que la société, donnant naissance, la plupart du temps, à des obligations dont les échéances sont plus ou moins déterminées, dont le montant, non exactement fixé, dépend de la personne du bailleur comme de celle du preneur, et qui sont dans une certaine mesure affaire de conscience et d'humanité, ce contrat présente une physionomie

(77) Quand l'entrepreneur fournit la matière, on peut avoir un indice de la volonté des parties au sujet de l'intuitus personæ : si aucun contrôle n'est prévu ou possible pour la qualité ou la quantité, et si ces points paraissent d'une grande importance au point de vue économique, le juge saisi du litige sur l'existence de l'intuitus personæ pourra, semble-t-il, tenir compte de ces indices dans la recherche de la volonté probable des parties. Il y aura intuitus personæ, mais résultant de la volonté des parties non de la nature du contrat.

(78) Sur ce contrat, voyez la thèse de M. Lalou, Paris 1900, notamment p. 214 et s., p. 229 et s., p. 281 et s., p. 366.

propre à mettre en relief le phénomène de l'intuitus personæ. Preneur et bailleur se choisissent minutieusement. Le bailleur dont l'obligation est de dare, semble choisi intuitu personæ en temps que créancier. C'est lui seulement que le preneur s'engage à nourrir, loger, vêtir, soigner, c'est lui seulement qui est admis dans le foyer du preneur, qui doit vivre à même pot et feu. Il ne pourrait se substituer un tiers dans sa position créancière. A sa mort ses héritiers ne prennent point sa place dans le contrat. Le preneur, lui, est choisi intuitu personæ en tant que débiteur. On a eu confiance en lui pour la garantie de l'exécution des obligations qu'il s'engageait à assumer comme pour leur exécution même. La nature de cette exécution tant en quantité qu'en qualité est généralement laissée à son appréciation : on a en vue son honnêteté et son genre de vie. L'erreur sur sa personne permettrait l'annulation du contrat en vertu de l'article 1110 alinéa 2 C. Civ. ; il ne pourrait ni céder son contrat à un tiers, ni faire exécuter ses obligations par une autre personne : le bailleur a intérêt à ce qu'il les exécute en personne. Nous sommes dans l'hypothèse de l'article 1237 C. Civ. (79). Mais la question est discutée de savoir si le contrat cesse à la mort du bailleur (80) ; certes à défaut de clauses spéciales réglant ce point (81) il semblerait a priori que le

(79) C. appel Liège, 26 nov. 1885. Pasicrisie. Belge 1886. 2.63.

(80) Lalou, op. cit, p. 316 et s.

(81) Les diverses clauses usitées sont très variées : quelquefois il est stipulé que le bailleur recevra une pension viagère. Angers, 26 mars 1829. J. du Pal. chr.

D'autres fois une option est réservée au bailleur : il lui sera loisible de choisir entre la continuation du contrat avec les héritiers du preneur et le droit à une pension annuelle et

contrat devrait prendre fin. Mais la solution serait souvent rigoureuse, ne tiendrait pas compte des besoins pratiques (82), et sans doute serait contraire à l'intention probable des parties : la plupart du temps en effet dans le contrat l'intuitus personæ vise à la fois la personne du preneur et celle de ses proches (83). Et l'on comprend que plusieurs systèmes aient été proposés pour régler la question.

Un premier système, rapprochant le bail de nourriture du louage de choses, lui applique l'article 1742 C. Civ. : le bail ne serait donc point résolu par la mort du preneur.

Un second système y voyant plutôt un louage d'ouvrage, applique l'article 1795 C. Civ. et considère le bail à nourriture comme dissous.

A ces deux opinions peu juridiques et ne tenant pas compte des besoins pratiques, on préfère généralement un système intermédiaire, à la fois plus juridique et plus souple (84). Le bail à nourriture, considéré comme un contrat innommé se voit appliquer les principes généraux formulés par le Code

viagère, en argent ou en nature. Bordeaux, 7 août 1849. Rec. de Bordeaux, 1849, p. 434.

Enfin, il est prévu parfois que l'engagement ne sera exécuté que par certains héritiers désignés. Douai, 2 fév. 1850, D.P. 51.2.133.

(82) Peut-être le bailleur ne trouvera pas facilement quelqu'un qui se chargera à forfait de son entretien.

Des difficultés apparaîtraient quand le bail a été constitué par l'abandon d'un capital ou d'un immeuble.

Un nouveau contrat serait nécessaire entre les héritiers du preneur et le bailleur.

(83) Quand il est certain que l'intuitus personæ visait une seule personne son décès entraîne la disparition du contrat. Ex. Bruxelles, 22 avril 1807 (J. du Pal. chr.) : bail fait avec deux preneurs conjoints, avec deux époux, mais principalement pour recevoir les soins de l'un. A la mort de ce dernier, le bail prend fin.

(84) Lalou, *op. cit.* p. 317 et s.

Civil. Ce contrat donne naissance à une obligation de faire. Les héritiers du preneur ne pourront être contraints à l'exécuter (art. 1142 C. Civ. : *nemo potest cogi ad factum*). Mais de son côté le bailleur pourra en vertu de l'article 1237 C. Civ. refuser l'exécution du contrat par les héritiers s'ils l'offrent. Ainsi la mort du preneur est considérée non comme une cause de résolution de plein droit mais comme une simple cause de résiliation (85).

Cette difficulté ne permet pas de mettre en doute, croyons-nous, l'existence d'une manière normale de l'intuitus personæ dans le bail à nourriture, pas plus que le principe de la disparition du contrat à la mort de la personne spécialement choisie.

33. — *Pour le contrat d'édition*, la question de savoir s'il comporte d'une manière normale l'intuitus personæ, a donné lieu à de grandes difficultés (86). Examinons-la sous ses différents aspects.

Quant à la personne de l'auteur d'abord, il ne fait aucun doute qu'elle a été choisie intuitu personæ si l'œuvre est à faire. L'auteur promet dans le contrat plusieurs obligations : celle de composer l'œuvre, celle de livrer le manuscrit, celle enfin de corriger les épreuves. Si les deux dernières obligations ne comportent point l'intuitus personæ (la question a été jadis discutée pour la dernière), la première est essentiellement personnelle. Pour l'exécution de cette obligation, l'éditeur, d'accord avec

(85) La Régie admet que c'est l'ancien contrat qui continue et n'exige pas un nouveau droit, si bailleur ou héritiers du preneur n'ont pas demandé la résiliation. Sol. enreg. 4 sept. 1819. Journ. Enreg. N° 9422.

(86) Voyez par exemple dans J. Rault *Le contrat d'édition*, Th. Paris 1927, p. 113 et s., les opinions et décisions citées.

l'auteur, a en vue le talent de ce dernier, cette faculté toute personnelle, intransmissible aux héritiers comme aux tiers. Ici la présence de l'intuitus personæ n'est discutée par personne : il n'y a de difficulté que dans l'hypothèse où l'auteur meurt avant l'achèvement de l'œuvre (87). Mais cette difficulté semble devoir être bientôt réglée législativement. Le projet (88) de M. Jean Zay, ministre de l'Éducation Nationale, en effet, dans son article 44 in fine, prévoit cette éventualité en donnant dans ce cas à l'éditeur la possibilité d'exiger la résiliation du contrat. Cette disposition était déjà prévue par le projet élaboré par la Société d'Études Législatives (art. 19 in fine), projet qui accordait aussi la même faculté aux héritiers de l'auteur (89).

D'ailleurs cette difficulté ne permet pas de douter de la présence de l'intuitus personæ vis-à-vis de l'auteur, dans le contrat d'édition. Mais l'éditeur, lui, est-il choisi intuitu personæ ?

Si le contrat d'édition prévoit la vente de l'ou-

(87) La question de savoir si l'œuvre doit être considérée comme achevée ou non est une question de fait, dont la solution rentre dans le pouvoir souverain des juges du fond.

(88) Ce projet — sur le droit d'auteur et le contrat d'édition — a été déposé le 13 août 1936 sur le bureau de la Chambre. Le texte se trouve sous le N° 1164 des Documents Parlementaires (Chambre), 1936, p. 1706 et s.

(89) Il semble que cette dernière solution soit préférable : elle est en effet plus équitable et plus conforme à la protection du droit moral de l'auteur — question qui doit être au premier plan puisqu'il s'agit d'une œuvre inachevée. Mais peut-être le projet gouvernemental, par la non-attribution de cette faculté aux héritiers de l'auteur, a-t-il pris en considération l'intérêt du public, qui semble consister à ne pas être privé d'une œuvre intellectuelle ou artistique même inachevée ou tout au moins non achevée par l'auteur lui-même, si l'éditeur veut en poursuivre l'édition. Voyez l'Exposé des motifs. loc. cit.

vrage de compte à demi (90), l'intuitus personæ existe à l'égard des deux parties : nous sommes alors en présence d'une association en participation : le patrimoine de l'auteur subira directement l'influence de la personnalité de l'éditeur. Dans ce cas, pas de difficulté (91). Mais dans les autres hypothèses ?

C'est alors que la difficulté apparaît et divise la doctrine, comme la jurisprudence, en France comme à l'étranger. Il ne peut être question pour nous de reprendre la controverse : elle a donné lieu à des exposés suffisamment nombreux et semble ne devoir présenter que peu d'intérêt aujourd'hui, les différentes questions qui gravitent autour du problème devant être réglées à bref délai par l'adoption du projet J. Zay. Nous nous bornerons donc à un simple résumé. Plusieurs systèmes (92) ont été proposés par la doctrine, qui furent plus ou moins adoptés en jurisprudence.

Un premier système (93) nie que l'intuitus personæ pût exister d'une façon normale au regard de l'éditeur.

Un autre admet au contraire que la considéra

(90) Paris, 20 avril 1894, S. 95.2.41 et note G. Appert.

(91) Des difficultés ne pourraient naître que sur le contenu de l'intuitus personæ.

(92) Je ne parlerai point des systèmes inadmissibles tels celui de M. Darras (*Le Droit d'auteur*, 1893, p. 46 et 108) ou celui de M. Dupont-Rougier, Th. Paris 1907).

(93) Pouillet, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3^e édition, 1908, N° 347 et s. ; G. Huard N° 82 ; Huard et Mack *Répertoire*, N° 336 ; Eiseinmann, Th. Paris 1894, p. 54 et 72 (assimilation à un louage !) ; Blanc, *De la contrefaçon en tous genres*, 1855, p. 104 et 110.

Comme décisions judiciaires, on peut citer : Nancy, 3 mai 1890, *Pataille « Annales »*, 1891, p. 281 ; Trib. Com. Seine, 2 fév. 1877, *ibid.*, 1877, p. 29 ; Trib. Com. Seine, 22 fév. 1879, *Le Droit*, 7 mars.

tion de la personne de l'éditeur détermine le consentement de l'auteur (94), qu'il y a intuitus personæ en principe. L'éditeur est recherché pour ses connaissances techniques comme pour sa notoriété, sa connaissance du marché littéraire ou artistique, ses relations personnelles avec la critique, les cénacles, les académies ; on ajoute que sa personnalité est capitale pour l'auteur puisqu'elle constitue la garantie du succès, et que la publication met en jeu sa réputation, son honneur. En somme que la personne de l'éditeur est choisie pour une quasi-collaboration. Un certain nombre de décisions judiciaires consacrent ce système (95).

D'après d'autres auteurs (96) et d'autres juridictions (97) il y aurait en principe non intuitus personæ mais intuitus firmæ. Il n'y a pas intuitus personæ, parce que le rôle même de l'éditeur n'est pas prépondérant dans la publication. Ce ne sont donc pas ses aptitudes et qualités personnelles qui constituent la raison déterminante du contrat. En

(94) Renouard, *Traité des droits d'auteur*, T. II, N° 184, Nion, *Droits civils des auteurs, artistes et inventeurs*, p. 293, Lardeur, Th. p. 84 ; Calmels, « de la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence », 1857. Les partisans de ce système se divisent ensuite sur le point de savoir si la cession de son contrat par l'éditeur est valable quand l'édition proprement dite est terminée et qu'il ne reste plus qu'à vendre. Les uns soutiennent l'affirmative : Renouard, loc. cit., Nion, loc. cit. D'autres la négative : Lardeur, p. 85.

(95) Trib. civ. Seine, 5 fév. 1906, Pataille, « *Annales* », 1906, p. 109.

Trib. civ. Seine, 12 avril 1893, sous Paris, 20 avril 1894, S. 95.241.

Trib. civ. Seine, 12 mars et 18 août 1834, Gaz. Trib., 14 mars et 27 août.

(96) Appert, note sous Paris, 20 avril 1894 précité ; et les auteurs cités par Rault, p. 122, note 1.

(97) Paris, 20 avril 1894 précité (motifs). Paris, 16 janvier 1896, D.P. 96.2.236 ; S. 97.2.47.

effet, c'est lui qui peut-être désignera l'imprimeur, choisira les caractères à employer, le papier, et qui s'adressera aux journaux et revues, chargés d'annoncer le volume, qui correspondra avec les maisons de vente. Sans doute selon l'activité et l'habileté qu'il déploiera, cette besogne sera plus ou moins bien faite. Pourtant il faut convenir que le plus souvent, et sauf exception, ce ne sont pas là les considérations capitales qui ont incité l'auteur à traiter avec lui (l'auteur doit recevoir une somme globale, préfixée (98). Il n'y a là en somme que la mise en œuvre de qualités moyennes. Deux éditeurs expérimentés et habiles obtiendront à très peu de chose près le même résultat. On concevrait même que l'auteur précisât lui-même ces conditions d'exécution du contrat, ce qui serait impossible si les qualités personnelles de l'éditeur entraient pour une large part dans cette exécution. La précision de ses obligations est due au fait que sa personnalité n'est pas en jeu. Mais s'il n'y a pas *intuitus personæ*, il y a *intuitus firmæ* : c'est plus la personnalité commerciale de l'éditeur que sa personnalité civile que l'auteur prend en considération en donnant son consentement : c'est surtout au chef de la maison d'édition, de la firme commerciale qu'il s'adresse, plutôt qu'à l'homme même. Et cela est fort vraisemblable de présumer que les auteurs prennent généralement en considération l'influence de la maison d'édition sur la reproduction et le débit des œuvres. Il ya *intuitus firmæ*, non *intuitus personæ*.

Toutes ces solutions ont paru trop rigides, bien qu'elles admettent la possibilité d'introduire dans l'acte des clauses modifiant le caractère des obliga-

(98) Mais il peut recevoir une rémunération différente, ex. un tant % sur le prix de vente des exemplaires.

tions de l'éditeur. On a pensé que l'adoption de principe de tel ou tel caractère aurait pour effet de créer a priori une sorte de présomption, d'enlever au juge sa liberté d'esprit. Aussi une opinion moyenne (99) s'est-elle fait jour, qui refuse de préconiser une solution de principe et fait du problème une question de pur fait. La détermination de la nature de l'obligation contractuelle de l'éditeur dépendrait uniquement des circonstances et serait souverainement apprécié par les juges du fait. Et l'on cite, à titre de simples indications, des éléments qui seront à prendre en considération pour la détermination de la volonté commune des parties : le genre de l'ouvrage, la spécialité des éditeurs, etc...

Mais aujourd'hui, il nous semble que la controverse, due à la diversité de physionomie des contrats d'édition, ne présente qu'un intérêt minime : d'une part les parties, notamment les éditeurs, instruits par les difficultés passées, ont pris l'habitude de régler les points délicats pour des clauses expresses. D'autre part, les questions pratiques qui dépendaient du caractère à attribuer aux obligations souscrites par l'éditeur seront bientôt réglées législativement. Elles le sont déjà dans nombre de pays étrangers (100). Et la réglementation adoptée donne satisfaction dans les grandes lignes car elle tient compte des différents intérêts en présence. Le projet gouvernemental français, aboutissant d'un mouvement récent plus actif, s'inspire de ces solutions ayant déjà fait leur preuve. Voici les dispositions

(99) Voyez sur cette opinion J. Rault, p. 126, qui l'adopte.

(100) Pour le droit allemand, voyez notamment Voigtlander. *Ver Verlagsvertrag uber schriftwerke, musikal, composition, etc.*, Leipzig, 1901.

de ce projet qui nous intéressent : elles concernent la faillite et la liquidation judiciaire d'une part, la cession du contrat d'autre part (101) :

Sur le premier point, l'article 42 dispose :

« Ni la faillite ni la liquidation judiciaire de l'éditeur n'entraînent la résiliation du contrat.

Si l'exploitation du fonds est continuée par le syndic, dans les termes des articles 470, 532 et 533 du C. de Com., le syndic est tenu de toutes les obligations de l'éditeur.

En cas de vente du fonds de commerce, dans les termes de l'article 534 du C. de Com., modifié par le décret du 8 août 1935, l'acquéreur est de même tenu des obligations du cédant, sauf application, dans ce même cas, des dispositions des paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 43 ci-dessous. Lorsque l'exploitation du fonds n'est pas continuée par le syndic, et qu'aucune cession dudit fonds n'est intervenue dans le délai de deux ans qui suit le prononcé du jugement déclaratif de faillite, le contrat d'édition est résilié de plein droit. »

Le second point est traité par l'article 43 ainsi conçu :

« L'éditeur ne peut transmettre, à titre gratuit ou onéreux, le bénéfice du contrat d'édition à des tiers, indépendamment de son fonds de commerce, sans avoir préalablement obtenu l'autorisation écrite de l'auteur. En cas d'aliénation, à titre gratuit ou onéreux, du fonds de commerce, l'auteur ne peut refuser à l'éditeur son autorisation qu'autant que la cession envisagée serait de nature à compromettre ses intérêts matériels ou moraux.

Dans tous les cas, l'auteur est présumé consentir à la cession s'il n'a fait connaître sa réponse motivée dans le mois qui suit l'envoi de la lettre recommandée avec avis de réception émanant de l'éditeur et comportant mise en demeure.

(101) D'après cette réglementation proposée, le contrat d'édition est un contrat de concession. On pourrait donc a priori supposer que, comme ce dernier, (a), il est intuitus personæ.

(a) Voyez supra, N° 4.

Si l'éditeur n'a point obtenu, soit de l'auteur, expressément ou tacitement, soit de justice, l'autorisation par lui requise en conformité du § 2 du présent article, la résiliation a lieu de plein droit.

Lorsque le fonds de commerce d'édition était exploité en société ou était l'objet d'une indivision, l'attribution qui serait faite du fonds à l'une des personnes associées ou en état d'indivision, en conséquence de la liquidation ou du partage, ne pourra en aucun cas être considérée comme une cession. »

Et les dispositions de ces deux articles 42 et 43 sont impératives pour les parties : elles ne peuvent y déroger, toutes dispositions contraires sont nulles de plein droit (a.45).

Ces textes tendent à satisfaire des besoins pratiques, à donner des solutions tenant compte des différents intérêts en présence. Mais on peut, au travers de leurs dispositions, rechercher ce qu'il advient du caractère *intuitus personæ* ou non des obligations de l'éditeur. Cela est délicat parce que les solutions prévues sont différentes selon que le contrat — ou mieux sa transmission, son exécution par une personne autre que l'héritier — sont envisagés isolément ou comme partie de ces opérations réalisées pour tous les contrats d'édition, élément important du fonds de commerce de l'éditeur.

Envisagé isolément le contrat d'édition semble (102) présenter le caractère personnel. La transmission du contrat isolé, qu'elle intervienne à titre gratuit ou onéreux, n'est possible qu'avec l'autorisation écrite de l'auteur (102). En cas de faillite ou

(102) Nous disons « semble » parce qu'on pourrait justifier les règles proposées par l'interdiction de la cession de dette et non par l'*intuitus personæ*. Sans doute d'ailleurs les deux idées doivent avoir influé sur l'élaboration des règles proposées. Sur la distinction des deux notions, voyez *infra*. 2^e Partie, titre 2, chapitre 4.

(103) Nous laissons volontairement de côté l'hypothèse où intervient l'autorisation de justice.

de liquidation judiciaire, le contrat est résilié de plein droit si l'exploitation du fonds n'est pas continuée par le syndic et si aucune cession dudit fonds n'est intervenue dans les deux ans.

Mais le contrat d'édition est avec les autres contrats d'édition de l'éditeur un élément important du fonds de commerce. Et la satisfaction des besoins pratiques gravitant autour de cette idée (104) a exigé qu'on paralyse, ou tout au moins qu'on limite les conséquences du caractère personnel du contrat. En cas d'aliénation à titre gratuit ou onéreux du fonds de commerce, que ce soit spontanément ou après faillite (a. 534 C. de Com.), comme en cas de continuation de l'exploitation du fonds de commerce par le syndic, l'intervention de l'auteur est soit réduite soit supprimée. En cas d'aliénation, l'auteur ne peut refuser son autorisation « qu'autant que la cession envisagée serait de nature à compromettre ses intérêts matériels ou moraux » — et la preuve d'une telle possibilité est à sa charge. En cas de continuation de l'exploitation du fonds par le syndic, il n'a même pas cette possibilité ! L'article 42 pose d'ailleurs comme principe que le contrat n'est pas résilié. Et toutes ces dispositions sont impératives : les parties ne peuvent y déroger. Par exemple l'auteur ne peut stipuler dans son contrat la possibilité de refuser son autorisation (105) en cas de transmission du contrat avec l'aliénation du fonds, dans le cas où il ne pourrait ou ne voudrait prouver que ses intérêts peuvent être compromis par cette cession. De

(104) Voy. l'Exposé des motifs du projet Zay, loc. cit., et les rapports à la Société d'Etudes Législatives, Bulletin, 1935, p. 196 et s., 1936, p. 91 et s.

(105) La nécessité de l'autorisation d'un des contractants pour la cession du contrat par l'autre est généralement profit pour le premier.

même on ne peut stipuler que le contrat sera résolu de plein droit, immédiatement, en cas de faillite.

Quoi qu'il en soit de cette réglementation proposée, il semble que sa consécration par une loi supprimerait les intérêts pratiques (106) de la controverse sur le caractère personnel ou impersonnel des obligations de l'éditeur dans le contrat d'édition.

34. *Le Contrat de souscription à un ouvrage* est-il conclu intuitu personæ par le souscripteur ?

Si c'est l'auteur lui-même qui s'engage à composer l'ouvrage, à l'éditer et à le publier, il n'y a pas de doute sur l'existence de l'intuitus personæ : c'est cet auteur que le souscripteur a en vue : c'est son talent, sa science qu'il a recherché en passant le contrat. L'auteur ne pourra dans la composition de l'ouvrage se substituer un tiers ; ses héritiers ne pourront le remplacer (107). Mais y a-t-il aussi intuitus personæ, quant à l'obligation d'éditer et de livrer l'ouvrage au souscripteur, un exemplaire de l'ouvrage ? Cette question se pose dans les mêmes termes que dans l'hypothèse où c'est un éditeur qui s'est obligé à livrer un ouvrage qu'il s'est aussi obligé à faire composer. L'éditeur est-il alors choisi intuitu personæ ? N'y a-t-il pas, au contraire, intuitus firmæ ? La question peut être discutée et elle l'a été (108). Il semble que normalement, il y ait plutôt intuitus firmæ. Un jugement a décidé le contraire mais en se basant sur les stipulations du contrat et les circonstances de la cause (108).

(106) La question de l'erreur sur la personne de l'éditeur semble ne s'être jamais posée.

(107) Trib. de Paix de Paris, 12 mai 1910, D.P. 1910.5.38. Gaz. Trib. 22 mai 1910.

(108) Voyez notamment la note de De Loynes sous Trib. Paix de Castelsarrasin, 29 juil. 1909 (Librairie Générale de droit et de jurisprudence, C. Double), D.P. 1911.2.97.

35. — L'intuitus personæ se retrouve-t-il d'une façon normale dans *certains contrats d'assurance* ?

La question ne se pose pas vis-à-vis de la personne de l'assureur : celui-ci n'est pas choisi intuitu personæ : il l'est plutôt intuitu firmæ (102). Mais vis-à-vis de l'assuré, de quels contrats d'assurance pourra-t-on dire qu'ils sont conclus intuitu personæ ? dans quels cas la considération de la personne de l'assuré aura-t-elle été déterminante du consentement de l'assureur ?

Il semble qu'il en sera ainsi quand la personnalité de l'assuré sera importante au point d'affecter la substance même du risque. Et ce seront les qualités de la personne susceptibles de faire varier d'une façon appréciable ce risque qui constitueront le contenu de l'intuitus personæ. Etant donnée la diversité des contrats d'assurance, on pressent qu'il y aura de nombreuses nuances. Quoi qu'il en soit on peut, avec un auteur (110) faire des distinctions.

L'assurance de personnes donnera naissance à des contrats conclus intuitu personæ, car la considération de la personne y forme un élément essentiel ; tandis que dans l'assurance de choses, la considération de la personne est un élément accessoire ou même indifférent, sauf peut-être dans les contrats d'assurance de responsabilité.

Au début du fonctionnement des compagnies d'assurances on avait attribué à certaines assurances

(109) On a quelquefois rattaché à l'erreur sur la personne la méprise de la personne qui croyant s'assurer à une compagnie à primes fixes, l'a en réalité fait à une mutuelle. Il y a là plutôt erreur sur la cause : cette personne ignorait qu'elle contractait des obligations d'assureur.

(110) Hémard, *Théorie et pratique des Assurances Terrestres*, 1925, T. II, N^{os} 447 et 450 in fine.

de choses, notamment à l'assurance contre l'incendie un caractère personnel. On pensait que la personnalité de l'assuré y jouait un rôle important, qu'elle était un facteur décisif de l'opinion du risque : la solvabilité, la vigilance, la moralité de l'assuré semblaient des garanties importantes, ayant exercé une influence réelle sur les conventions réciproques auxquelles a donné lieu l'assurance. Aussi la mutation de propriétaire de la chose assurée semblait impossible : il en résultait de grands inconvénients pratiques. Mais on admit bien vite une solution plus adéquate à la situation et conforme à la nature des choses. La personnalité de l'assuré n'est en réalité dans ces contrats qu'un élément d'appréciation tout à fait secondaire pour la formation du contrat (111). Ce qui est pris en considération, c'est surtout la nature de l'objet assuré et l'étendue du risque qu'il court en raison de l'usage qui en est fait. Quoi qu'il en soit, la loi du 13 juillet 1930 semble avoir réglé les difficultés pratiques qui se rattachaient à cette question : voyez par exemple l'article 19 de cette loi.

Certaines assurances de choses, les assurances de responsabilité, se rapprochent parfois des assurances de personnes quant à l'intuitus personæ : car il semble bien que l'assurance de responsabilité doive normalement être conclue intuitu personæ (112). Il semble que dans les assurances contre les accidents d'automobile la personnalité de l'assuré soit capitale pour l'assureur, la plupart des sinistres étant dus à la constitution nerveuse du conduc-

(111) Dans certaines assurances de choses elle est même indifférente : ainsi dans l'assurance contre la grêle.

(112) Hémard, *op. cit.* N° 450 in fine.

teur. C'est à cette idée que serait due une récente pratique de compagnies d'assurances anglaises, signalée par le journal *L'Ordre* (avril 1934 (113) : « Un certain nombre de compagnies, spécialisées dans les assurances-automobiles, refusent depuis quelques semaines d'assurer les automobiles conduites par les chauffeurs israélites. Antisémitisme ? Point du tout. Simple calcul de probabilités. Il paraît que les statistiques démontrent que les automobilistes juifs ont une proportion d'accidents particulièrement élevée. Ils sont d'une nervosité très au-dessus de la moyenne et, en outre, fort peu soigneux de leurs voitures. D'autre part, déclarent les assureurs, ils réclament de grosses sommes pour les accidents minimes. Autrement dit, les chauffeurs israélites sont ce que les assureurs Anglais appellent « a bad risk » (114).

36. *Le prêt de consommation* comporte-t-il d'une manière normale l'intuitus personæ ?

La question ne se pose que vis-à-vis de la personne de l'emprunteur. Si le prêt est gratuit, il y a intuitus personæ basé sur l'affection, et dans une certaine mesure aussi sur la confiance. Mais s'il est à intérêts ? Il faut alors distinguer deux cas semble-t-il :

Si une sûreté — réelle ou personnelle — a été

(113) Cité par Désert « De l'obligation pour l'assuré de procurer à l'assureur une exacte opinion du risque... », Th. 1936.

(114) On peut aisément voir là l'introduction d'un intuitus personæ, mieux une modification du contenu de l'intuitus personæ. Peut-être pourrait-on y voir un intuitus personæ négatif, un intuitus personæ noxiæ. (Sur ces notions d'intuitus personæ « négatif » et « noxiæ », voy. les ouvrages cités en note dans l'Introduction in fine, à propos des sociétés).

promise, et dans la mesure où cette sûreté garantit le paiement de la dette, il semble que la personne de l'emprunteur n'est pas la considération essentielle qui a déterminé le prêteur, que la considération de cette personne passe au second plan.

Si au contraire aucune sûreté n'a été prévue (115), c'est qu'en général la personne de l'emprunteur a été déterminante du consentement du prêteur. Celui-ci a eu confiance en la personne de son contractant pour le paiement des intérêts stipulés et pour le remboursement du montant du prêt à l'échéance. Cette confiance visait la solvabilité présente et à venir, le sens des affaires, les capacités financières, l'honnêteté de l'emprunteur. Il y a *intuitus personæ* à adhérence patrimoniale, *intuitus personæ* de confiance visant la garantie d'exécution des obligations. Autrement dit, il y a *intuitus personæ* bien qu'aux échéances pour le paiement des intérêts et le remboursement de la dette un tiers quelconque pourra être substitué à l'emprunteur. Les obligations de l'emprunteur pourront être exécutées par un tiers quelconque malgré l'opposition du prêteur. Car, en principe, pour l'exécution de l'obligation consistant en la dation d'une chose de genre, de l'argent généralement, le prêteur n'a aucun intérêt légitime à refuser le paiement qui lui est offert : nous sommes en effet hors de l'hypothèse prévue à l'article 1237 C. Civ., et cela non parce qu'on est en présence d'une obligation de donner, mais parce qu'il s'agit spécialement d'une obligation de donner

(115) En pratique, les opérations à découvert sont nombreuses. Voyez Escarra « Principes de droit commercial », avec la collaboration de MM. E. Escarra et J. Rault, T. IV, 1937, N° 591, p. 411 et 412 ; voyez aussi le N° 582, p. 401.

de l'argent et qu'alors le créancier, si le prêteur n'a pas en général d'intérêt à ce que ce soit son débiteur en personne qui exécute l'obligation.

Et sous cet aspect, l'intuitus personæ, cet intuitus personæ de confiance visant la garantie d'exécution de l'obligation, est à adhérence patrimoniale. Ce que le prêteur envisageait en choisissant son emprunteur c'était à la fois son honnêteté, ses capacités financières, sa solvabilité, présente et future, son patrimoine. Or le patrimoine se transmet à la mort aux héritiers. Ainsi les héritiers de l'emprunteur recueilleront en même temps peut-être que le bénéfice du prêt, les obligations qui en découlent : celle de payer les intérêts, celle de rembourser le montant du prêt. Bien que le prêt ait été fait intuitu personæ vis-à-vis de l'emprunteur, ce prêt ne cessera pas de plein droit à la mort de l'emprunteur, de la personne choisie intuitu personæ. Non seulement ses héritiers, invoquant l'inapplicabilité en l'hypothèse de l'article 1237, pourraient se substituer à leur auteur, l'emprunteur, le jour du paiement des intérêts ou du capital prêté, mais le prêteur lui-même aura le droit de les poursuivre (116).

Cette limitation des effets de l'intuitus personæ, qui semble bien ressortir aussi de la volonté, de la psychologie des parties au contrat de prêt, peut se justifier également et par le principe d'équité qui veut que les héritiers ayant sans doute reçu le bénéfice (directement ou indirectement) du prêt dans le patrimoine de leur auteur, en supportent aussi la charge, et par cette idée que dans une certaine mesure la qualité de solvabilité, assise en grande partie

(116) Le prêteur a aussi, comme tout créancier, la possibilité de demander la séparation des patrimoines.

sur les biens du patrimoine, se transmet aux héritiers avec ces biens. Enfin, peut-être l'inapplicabilité en la matière du principe de l'article 1237 C. Civ. a-t-elle eu une influence sur cette solution traditionnelle.

Mais il reste vrai cependant que le contrat de prêt non gratuit et sans stipulation de sûreté comporte d'une façon normale l'intuitus personæ. Ainsi, pour nous (117), l'erreur sur la personne de l'emprunteur, constituerait une cause d'annulation. Ainsi l'emprunteur ne pourrait céder son contrat à un tiers (cette solution est aussi en partie basée sur l'interdiction de la cession de dette) La promesse de prêt, quand cette promesse est obligatoire (118) par exemple si on la voit dans l'ouverture de crédit (119), comportera l'intuitus personæ si elle est faite sans que des sûretés soient prévues. Elle disparaîtra de plein droit à la mort du crédité dans la mesure où des deniers n'auront pas été versés par le créiteur, de même au cas de faillite, liquidation judiciaire ou déconfiture.

37. L'intuitus personæ de confiance va se retrouver, d'une façon normale, dans certains contrats qui traditionnellement dans notre droit sont considérés comme variétés du contrat de bail, du contrat de louage de choses, et qui pourtant s'en écartent sur bien des points économiquement et peut-être aussi juridiquement : nous voulons parler du *bail à ferme*,

(117) Cependant la jurisprudence ne semble pas admettre l'erreur sur la solvabilité comme cause de nullité du contrat. Voyez notre seconde partie.

(118) Le prêt est un contrat réel qui n'existe que s'il y a remise des deniers.

(119) Sur la nature exacte de l'ouverture de crédit et sur la critique de l'analyse qui y voit une promesse de prêt, voyez J. Escarra, *op. cit.*

du bail de chasse, du bail de fonds de commerce. Dans ces trois contrats, l'une des parties, le bailleur, donne à bail semble-t-il, à l'autre, le preneur, la jouissance d'une exploitation moyennant une rémunération. Cette structure économique différente de celle du bail à loyer, nous paraît, à la suite d'un auteur (120), postuler l'autonomie de ces contrats. Et l'un des traits fondamentaux de cette structure économique réside en l'importance qu'a pour le bailleur la personnalité du preneur. Nous nous proposons de montrer cet intérêt qu'a le bailleur à choisir son preneur puis d'établir que la contemplation de la personne du preneur est d'une manière normale l'une des considérations déterminantes de son consentement au contrat, c'est-à-dire qu'il y a en général dans ces contrats *intuitus personæ*, et cela en dépit de la réglementation du code civil. Sur le premier point de caractère économique et psychologique surtout, nous serons d'accord dans les grandes lignes avec M. Voirin, mais sur la traduction de ce besoin dans le domaine juridique, sur le second point, nous nous séparerons notablement de son opinion.

38. A. L'importance de la considération de la personne du preneur, de ses qualités, pour le bailleur dans le bail d'exploitation, qu'elle soit culturale, qu'elle ait pour objet un droit de chasse ou de pêche, qu'elle soit commerciale, apparaît d'une façon saisissante si on la compare d'une part à l'influence de la considération de la personne du preneur sur le bailleur dans le bail à loyer, et d'autre part à celle

(120) P. Voirin, la jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie. *Revue trim.*, 1930, p. 291 et s.

du métayer ou de l'associé sur le bailleur ou sur les autres associés dans le métayage ou dans la société. Dans le bail à loyer, qu'il ait pour objet une maison ou un meuble, la considération de la personne du preneur, du locataire, si elle n'est pas complètement indifférente au bailleur, est cependant loin d'être d'un grand poids sur son consentement. Ce preneur aura en effet pour obligations principales (121) d'une part de payer le loyer, d'autre part d'user de la chose louée en bon père de famille, suivant sa destination, et de la rendre telle qu'il l'a reçue ou en bon état de réparations locatives. Mais ses qualités ne procureront ni plus-value ni moins-value au bien loué et cela qu'il occupe les lieux ou exerce son droit d'usage sur la chose ou qu'il s'en abstienne. Ainsi son activité n'a aucune influence directe sur le patrimoine du bailleur. On pourrait songer à voir une importance de sa personnalité pour le bailleur soit au point de vue de la garantie de l'exécution de son obligation de payer les loyers, soit en se plaçant sur le terrain de la moralité. Mais quant au premier point de vue, l'article 1752 obligeant le preneur à garnir la maison de meubles suffisants ou à donner des sûretés capables de répondre du loyer sous peine d'expulsion, minimise l'intérêt qu'aurait le bailleur à choisir son locataire pour cette question (122). Et quant à la moralité du locataire, il ne semble pas qu'en général elle soit importante pour le propriétaire, celui-ci pouvant toujours d'ailleurs exiger du locataire qu'il use de la chose en bon père de famille (a. 1728).

(121) Article 1728 et s. du C. Civ.

(122) Cet intérêt pourrait se retrouver dans le bail d'un appartement meublé ou dans le bail de meubles. Mais dans ces cas, généralement, le bailleur stipule une garantie à son profit, par exemple le paiement du loyer d'avance.

La personnalité du preneur d'une exploitation apparaît autrement importante pour le bailleur. Certes, par le bail d'une exploitation, l'un des buts que le bailleur poursuit, le paiement à son profit d'un loyer, est à peu près semblable à celui du bailleur d'une maison — encore bien qu'on puisse voir une nuance dans l'importance de la personne des preneurs dans les deux cas pour l'exécution de cette obligation — mais surtout ce but n'est pas le seul et peut-être même n'est-il pas le principal.

Il y a d'abord une nuance, disons-nous, pour ce qui est de l'influence de la personne du preneur sur le bailleur quant au paiement du loyer selon que l'on se trouve en présence d'un bail à loyer ou d'un bail d'exploitation. Certes dans les deux cas — tout au moins si l'on envisage comme bail d'exploitation le bail à ferme proprement dit, le bail d'un fonds rural (123) — le locateur a une garantie résultant des articles 1752 et 1766 du code civil ; mais il semble que même à ce point de vue du paiement du « terme », l'importance du fermier soit plus grande sur le consentement du bailleur que celle du locataire : car le paiement d'un fermage est plus difficile que celui d'un loyer d'appartement : pour payer un fermage, il faut cultiver la terre ! Il n'y a là, nous le répétons, qu'une nuance. Mais elle nous semble importante au point de vue économique et par conséquent doit influencer sur la psychologie normale des bailleurs. Cette nuance se rattache d'ailleurs à l'existence de l'obligation d'exploiter que l'on trouve dans le bail d'une exploitation non dans le bail à loyer, idée qui rend compte aussi d'une différence

(123) En cas de bail d'une exploitation commerciale, le bailleur se réserve généralement des garanties, comme dans le louage de meubles d'ailleurs.

plus profonde dans la structure économique des deux groupes de contrats, différence que nous devons exposer maintenant et qui vise la restitution de l'exploitation à la fin du contrat.

Du preneur d'une exploitation le locateur attend plus que du locataire d'une maison. Il en attend la mise en valeur habile, diligente et continue de l'exploitation. Sans cela, l'exploitation dépérirait car elle tire tout son prix du travail qui s'y incorpore : la façon dont elle est conduite influe directement sur le patrimoine du bailleur : le preneur devient en quelque sorte son collaborateur (124). Ces considérations qui s'appliquent parfaitement au bail à ferme sont vraies aussi pour le bail du fonds de commerce et pour le bail de chasse ou de pêche : conserver la clientèle, cela exige une personnalité et le bailleur doit la choisir. De même, la personne qui exercera le droit de chasse ou de pêche en modifiera plus ou moins la valeur économique (125). Dans tous ces cas le patrimoine du locateur sera fortement influencé par la personnalité, les qualités du preneur — ce qui rapproche le bail d'une exploitation du métayage ou de la société.

La personne du métayer (126), comme celle de

(124) Cette considération vraie depuis longtemps (cpr. Bourjon « Droit commun de la France », 1.4, T. IV, ch. 3, sect. 1, N° 2, éd. 1770, T. II, p. 43 — et voyez Pothier, Louage, N° 284, éd. Bugnet, T. IV, p. 100 ; Troplong, Louage, T. II, n° 360, p. 376) nous semble prépondérante à notre époque où la culture intensive a fait son apparition et où il est plus nécessaire encore d'entretenir la productivité du sol par des fumures et engrais divers.

(125) Cette idée est relative à la conservation de l'exploitation, non à l'obligation d'exploiter. Ces nuances dans la notion d'exploitation n'ont pas échappé à M. Voirin, loc. cit. p. 313 et 314.

(126) M. Voirin, p. 317, note 1, remarque que le bail à ferme postule plus l'intuitus personæ que le métayage puis-

l'associé, influe directement et intensément sur le patrimoine du bailleur ou des autres associés. L'activité de l'un et de l'autre fait varier les résultats économiques de l'exploitation ou de la société — et cela qu'il s'agisse des résultats annuels comme des résultats à la fin du bail, des revenus et des capitaux. Et les variations de ces résultats économiques s'inscrivent directement au bilan du patrimoine du locateur et des autres associés. Le bailleur en effet a pour rémunération périodique la moitié des fruits produits et à l'expiration du contrat il recouvre son exploitation dont la valeur sera plus ou moins grande selon la façon dont elle aura été cultivée et entretenue pendant la durée du bail. La situation des associés est à peu près la même pour les dividendes et pour la valeur de leur part sociale à l'expiration du contrat, valeur qui dépendra de celle du fonds social.

Ainsi la situation du bailleur d'une exploitation agricole, d'une exploitation de chasse ou de pêche, d'une exploitation commerciale se rapproche beaucoup plus de celle du bailleur dans le colona-ge partiaire et de celle des associés dans la société que de celle du locateur dans le bail à loyer. Comme pour les premiers leur patrimoine est directement influencé par la personnalité et l'activité de leurs co-contractants (127). La considération de la personne de ceux-ci est donc très importante pour eux et il est facile de conclure de cette observation que l'intuitus personæ doit, dans une bonne législation, être

qu'il fait passer au fermier la direction de l'exploitation — direction dont ne se dépouille pas le propriétaire, le bailleur dans le métayage.

(127) Le locataire est destiné à occuper les lieux, le preneur d'une exploitation à exploiter. Cpr. Voirin, op. cit. p. 313.

considéré comme existant d'une façon normale dans les baux d'exploitation. En est-il ainsi en droit français ?

39. B. Le législateur français n'a pas réglementé d'une façon autonome les baux d'exploitation. Cette notion de bail d'exploitation, qui repose sur des réalités économiques profondes, n'avait en effet pas encore été dégagée à l'époque du C. Civ. Ce dernier s'est borné à réglementer sous le nom de bail à ferme, le bail des héritages ruraux⁽¹²⁸⁾, à côté du bail à loyer (louage des maisons et louage des meubles⁽¹²⁸⁾). Et c'est à cette réglementation que ressortissent les baux de fonds de commerce et les baux de chasse et de pêche. En présence de cette réglementation est-il possible d'admettre à l'heure actuelle, l'existence d'une manière normale de l'intuitus personæ dans le bail à ferme ?

M. Voirin le nie d'une façon catégorique (129) : « La déficience de notre législation est, sur ce point, totale ; l'intuitus personæ dont la réalité économique recommanderait pourtant la reconnaissance dans le bail à ferme n'est pas sanctionné. » Sur quels arguments, par quel raisonnement cet auteur arrive-t-il à une conclusion aussi nette ? Résumons-les⁽¹³⁰⁾ et apprécions cette opinion.

Pour M. Voirin, quand l'intuitus personæ est saisissable dans la formation du contrat, l'attache à la personne existe nécessairement. Autrement dit

(128) Article 1711 du C. Civ.

(129) Op. cit. p. 317.

(130) M. Voirin a développé son opinion dans sa note au D. 1928.2.196, sous l'arrêt de Lyon, 16 mai 1928, déjà citée. Il s'agissait d'un bail à loyer, mais le raisonnement basé sur la conception que M. Voirin se fait de l'intuitus personæ et sur les articles 1717 et 1742 du C. Civ. est identique absolument pour le bail à ferme.

quand l'erreur sur la personne trouve son application normale dans un contrat, quand l'offre de ce contrat ne vaut normalement qu'une offre d'entrer en pourparlers, l'obligation qui naît du contrat est nécessairement attachée à cette personne. Quand il n'y a pas d'attache à la personne, il n'y a pas d'intuitus personæ conditionnant la naissance de l'obligation. Or pour le bail — à ferme ou à loyer — les obligations du preneur ne sont pas attachées à sa personne, ce qui résulte clairement des articles 1717 (droit de sous-louer et de céder le bail) et 1742 (le contrat de louage n'est point résolu par la mort... du preneur) du code civil. Puisqu'il n'y a pas d'attache à la personne, en principe, il n'y a pas intuitus personæ conditionnant la formation du contrat. Et l'auteur ajoute : « à quoi servirait-il au bailleur d'avoir choisi son locataire ou son fermier, s'il pouvait être tenu de fournir la jouissance de sa chose à un inconnu, après coup investi du droit de bail par le jeu d'une cession ou par le hasard d'un décès ? » Ainsi pour M. Voirin, le bail à ferme, auquel s'appliquent les articles 1717 et 1742, ne comporte pas en principe l'intuitus personæ. La législation, qui ne correspond pas aux données économiques, doit être modifiée.

Il y a dans cette opinion une grande part de vérité. Nous approuvons M. Voirin quand il recommande une réforme législative pour rendre les articles 1717 et 1742 du code inapplicables au bail à ferme : les données économiques postulant l'intuitus personæ, l'attache à la personne, il faudrait, semble-t-il, une réforme en ce sens (131). Nous con-

(131) Mais nous pensons qu'une telle réforme qui, au fond, serait relative à des intérêts économiques, sociaux profonds — que voile la question de l'intuitus personæ — de-

céderons même à M. Voirin que les auteurs du code civil — encore que bien des réserves seraient à faire sur ce point (132) — ont pu croire que le bail à ferme ne comportait pas en principe l'intuitus personæ. Mais quant à admettre que le bail à ferme ne comporte pas dans notre droit positif actuel l'intuitus personæ d'une façon normale, à cause des articles 1717 et 1742 du code civil, cela nous semble ne pas être nécessaire, ni juridique. De ces articles on peut conclure qu'il n'y a pas en principe d'attache à la personne dans le bail à ferme mais non qu'il n'y a pas en principe intuitus personæ. Le concept de l'intuitus personæ nous paraît être plus souple que ne l'admet M. Voirin (133). Pour nous, il

vrait être réalisée en tenant compte de ces intérêts. Dans sa ligne générale une telle réforme semble souhaitable et pourrait se recommander du droit comparé et peut-être de l'intention des rédacteurs du C. Civ., comme de l'ancien droit :

Pour le droit comparé : le Code suisse révisé des obligations art. 264 et 289. Cpr. le C. Civ. allemand qui considère tous les baux comme conclus intuitu personæ (art. 549) mais accentue ce caractère dans le bail à ferme.

Lors de la rédaction du C. Civ en 1804, il avait été entendu que la faculté de sous-louer ne serait point accordée au fermier. Voyez Fenet, T. XIV, N° 236. Mais l'article 1717, étant donné sa place dans le code, est considéré comme s'appliquant aux deux catégories de baux.

Pour l'Ancien Droit, Bourjon dans son « Droit commun de la France », T. II, p. 43 (précité), dit nettement : « non seulement le fermier ne peut abandonner l'objet de la location mais il ne peut pas non plus céder son bail à un autre, quoiqu'il ne contienne pas la clause prohibitive ; cette dernière faculté lui est interdite, parce qu'il serait difficile au propriétaire de trouver un autre fermier capable, et que les terres s'exploitent par celui qui a été choisi par le propriétaire à qui l'on ne peut faire prendre un autre fermier malgré lui ».

(132) Bigot-Préameneu avait affirmé que le droit de sous-louer ne serait pas accordé au fermier d'un bien rural. Fenet, T. XIV, p. 236.

(133) Voyez supra l'Introduction.

peut y avoir intuitus personæ sans attache à la personne. Certes, généralement il y a attache à la personne quand il y a intuitus personæ, et nous souhaiterions que cette attache à la personne existe pour le bail à ferme ; mais il se peut fort bien que l'intuitus personæ ne fasse sentir ses effets que dans la formation du contrat : par exemple dans le prêt d'argent sans garantie, il y a intuitus personæ et pourtant l'attache à la personne n'existe pas. La considération de la personne de l'emprunteur a été déterminante du consentement du prêteur. De même on concevrait fort bien, qu'ayant une confiance absolue en une personne, on passe avec elle un contrat, on traite avec elle intuitu personæ mais sans stipuler l'attache à la personne, ou en excluant même au point de vue juridique l'attache à la personne (si elle était une conséquence naturelle du contrat), on lui donne le droit de céder le contrat à un tiers ou de le transmettre à ses héritiers, et pourtant on a traité avec elle intuitu personæ, on savait qu'en fait, elle ne le ferait pas. Juridiquement il n'y a pas attache à la personne et pourtant il y a incontestablement intuitus personæ.

Ainsi le fait que les articles 1717 et 1742 du code civil soient applicables au bail à ferme n'empêche pas d'une façon rigoureuse d'admettre que l'intuitus personæ existe, économiquement et juridiquement, d'une façon normale dans ce contrat. La considération de la personne du preneur est déterminante en général du consentement du bailleur. En principe, l'article 1110 al. 2 du code civil sera applicable au bail à ferme (134). L'offre de ce con-

(134) Angers, 4 mai 1921, D.P. 1921.2.125 ; S. 1922.2.111 ; Req. 4 fev. 1935, D.H. 1935, p. 145 : « en matière de bail à ferme la personnalité des fermiers qui est la garantie de la bonne exploitation de la ferme est la cause déter-

trat par le bailleur devra n'être considérée que considérée que comme une offre d'entrer en pourparlers. Et cela sans qu'il soit besoin d'une introduction de l'intuitus personæ dans le contrat ou dans l'offre par les ou la partie.

Et cette solution sera vraie aussi pour le bail d'un fonds de commerce (135) et pour le bail de chasse (136).

En tout cas si l'on croit cette opinion trop hardie en présence des articles 1717 et 1742 C. Civ., on peut admettre qu'il y a le plus souvent en fait, introduction de l'intuitus personæ par la volonté des parties dérogeant aux articles 1717 et 1742 et cela à des conditions moins rigoureuses que celles qu'exige M. Voirin (137). Mais il faut alors justifier dans chaque cas cette introduction sur des motifs qu'on trouverait difficilement dans les arrêts.

40. — Souvent les obligations de ne pas faire comportent l'intuitus personæ. Ce que le créancier futur recherche en faisant naître, par un accord

minante qui décide le bailleur à contracter » ; et l'arrêt se retranche derrière le pouvoir souverain des juges du fait et le texte de l'art. 1110, al. 2, C. Civ. Cpr. Demolombe, T. XXIV, N° 109. Aubry et Rau, T. IV, p. 493.

(135) Ce contrat appelé souvent « gérance libre » doit être distingué d'une part de la « gérance », contrat où le propriétaire du fonds de commerce fait figure soit de mandant soit de commettant (et dans ces deux cas il y a aussi intuitus personæ vis-à-vis de l'autre contractant), d'autre part de la location-vente du fonds de commerce qui est une vente déguisée et ne comporte pas en principe l'intuitus personæ.

(136) Il y a intuitus personæ à l'égard du fermier (dans ses rapports avec le propriétaire de la chasse) comme dans les rapports de plusieurs fermiers entre eux (Voyez supra N° 27).

(137) Voyez sa note au D.P. 1928.2.196 et comparez infra, titre 2, chap. 2.

avec le futur débiteur, de telles obligations, c'est l'abstention de telle personne déterminée : c'est l'activité personnelle de son contractant, et non l'activité — peut-être semblable — de toute autre personne, qui est prohibée par le contrat. Il y a intuitus personæ visant une abstention non fongible. Ainsi un artiste s'engage à ne pas jouer sur une scène concurrente. L'objet du contrat est l'interdiction de l'activité de cette personne bien déterminée qu'est l'artiste. C'est à cause de ses qualités que l'obligation a été contractée ; c'est sa personne qui était en jeu. S'il y a eu erreur sur sa personne, le contrat sera annulable ; son obligation ne passera point à ses héritiers, sera intransmissible aux tiers, et ne pourra être exécutée par une personne autre que le débiteur, le créancier ayant intérêt à ce qu'elle le soit par le débiteur lui-même (article 1237 Code Civil). Ainsi un employé prend l'engagement limité à un certain temps ou à un certain lieu de ne pas entrer dans une maison concurrente. Dans tous ces cas et autres analogues l'existence de l'intuitus personæ visant la personne du débiteur ne fait point de doute. Mais il est des hypothèses où la question est délicate. L'une des plus importantes en pratique, est celle de ne pas se rétablir dans la vente de fonds de commerce. Nous envisagerons cette question au titre II chapitre I, où elle trouvera mieux sa place étant donné la solution que nous lui donnerons.

APPENDICE

*Contrats intuitus personæ où la personne
dont la considération aurait été déterminante
n'est pas un des contractants*

41. — Dans certaines hypothèses, le phénomène de l'intuitus personæ semble se retrouver alors que l'intuitus personæ vise une personne non partie au contrat. Ainsi le spectateur ne contracte bien souvent avec la direction du théâtre, avec l'entrepreneur de spectacles, qu'en considération de la personnalité des acteurs ou de certains acteurs, de leur talent, de leur renommée : c'est pour voir jouer tel artiste annoncé par l'affiche qu'il s'est présenté au guichet et a retenu sa place. De même, lorsque deux contractants conviennent que le prix (vente), le loyer (louage), le montant des parts (société), l'indemnité (transaction), sera fixé par telle personne déterminée, on paraît se trouver en présence d'un intuitus personæ de confiance concernant une personne autre que l'un des contractants. Pareillement, dans les stipulations pour autrui où la personnalité du bénéficiaire aurait déterminé le stipulant à contracter avec le promettant, on pourrait voir un intuitus personæ d'affection.

Dans tous ces cas et autres analogues la considération d'une personne non partie au contrat semble avoir influé sur le consentement de l'un ou des contractants. Il paraît y avoir intuitus personæ. Mais si l'on analyse mieux ces hypothèses, on se rend compte qu'en réalité s'il y a vraiment intuitus personæ, il n'est pas dans le rapport juridique où on

le plaçait à première vue. Il existera plutôt dans le rapport stipulant-bénéficiaire par exemple ou dans les rapports des deux contractants (acheteur et vendeur, associés, etc..) avec la personne choisie (généralement on dit qu'il y a mandat entre ces personnes), ou il existera vraisemblablement dans le lien qui liera l'artiste à l'entrepreneur de spectacles. Mais dans les rapports spectateur-entrepreneur, ou contractant-tiers choisi la considération de la personne s'intégrera dans la substance du contrat ou dans une condition plus ou moins expresse et plus ou moins déterminante. Il n'y aura pas, dans ces rapports, *intuitus personæ*.

SECTION II

Qualités prises normalement en considération, contenu de l'intuitus personæ pour chaque type de contrat

42. — Savoir quels sont les contrats comportant normalement l'intuitus personæ, cela n'est pas suffisant pour déterminer avec précision les effets de l'intuitus personæ. C'est que l'intuitus personæ n'est pas le même dans tous les contrats qu'il marque de son empreinte. Son contenu, c'est-à-dire les différentes qualités de la personne normalement prises en considération, varie d'un type de contrat à l'autre. Et cette question de la détermination du contenu de l'intuitus personæ doit être envisagée évidemment avant celle de l'exclusion de l'intuitus personæ. Quelles sont donc les qualités de la personne normalement prises en considération dans chaque type de contrat ?

La question présente des difficultés pour diverses raisons, notamment pour deux principales :

D'une part le législateur n'a pas précisé le contenu de l'intuitus personæ en réglementant le contrat. Ce n'est pas à dire que l'on ne puisse dans les textes trouver quelques indications utiles.

D'autre part le contenu de l'intuitus personæ n'est pas immuable pour chacune des opérations que la considération de la personne marque de son empreinte (138). Le milieu économique et social dans

(138) Voyez infra N° 12.

lequel sont conclus les contrats est en perpétuelle transformation, et l'on comprend fort bien que les qualités requises, pour une opération déterminée, par l'un des contractants dans la personne de son co-contractant varieront — très lentement certes — mais d'une façon certaine — avec le temps. Les qualités que l'on envisage dans le choix du coassocié ne sont pas exactement les mêmes que celles requises jadis (139), et l'on admettrait fort bien par exemple aujourd'hui l'action d'un maître en nullité d'un contrat de travail pour erreur sur la personne de son chauffeur atteint d'une maladie de cœur même légère alors qu'on ne l'aurait pas admise à l'époque du carrosse.

Mais cette évolution du contenu de l'intuitus personæ relativement à la même opération juridique étant très lente, on peut concevoir que pour une époque donnée les qualités normales prises en considération sont les mêmes — réserve faite de la question de la suppression de certaines de ces qualités par les parties ou de l'adjonction d'autres qualités.

La question de la détermination des qualités normalement prises en considération dans chaque type de contrat se pose donc.

Le législateur ne l'ayant pas résolue, c'est au juge à dire quelles sont dans chaque cas particulier, étant donné la nature du contrat, les qualités essentielles que les parties ont normalement en vue en adoptant telle opération déterminée comme base de leurs relations juridiques, quelles sont d'après l'usage ces qualités (140) — et de rechercher éven-

(139) Voir sur ce point, par exemple, Bourcart « De l'intuitus personæ dans les sociétés ». J.S. 1927, p. 511.

(140) Nous ne nous dissimulons pas que l'attribution au juge de ce pouvoir enlève un peu de certitude, de sécurité. de précision à la recherche de la « situation normale ».

tuellement si dans la cause qui lui est soumise les parties ne les ont pas exclues.

Généralement la difficulté se pose à propos de l'erreur sur la personne pour savoir si telle qualité a été déterminante du consentement. Sous cet aspect les auteurs admettent unanimement que le juge a une question de fait à résoudre dans chaque espèce (141).

Au demeurant, pour la détermination, des qualités qui dans l'usage sont regardées comme essentielles, on peut dégager les directives suivantes (142).

43. — *Dans les contrats basés sur l'idée d'affection*, l'identité physique comme l'identité civile sont généralement prises en considération déterminante. Cela est évident pour les contrats relatifs à l'état des

Nous aurions bien voulu établir avec une précision mathématique la « situation normale » de chaque contrat. Nous aurions voulu pouvoir affirmer que dans tel contrat par exemple c'étaient les qualités A, B, C, qui étaient normalement prises en considération — si bien que les parties ayant adopté ce contrat, le juge aurait pu décider qu'en principe la qualité B sur laquelle portait l'erreur était déterminante du consentement et que, les parties n'ayant pas exclu de leur accord la considération de cette qualité, la nullité devait être prononcée. Mais la rigueur mathématique est impossible et je crois que s'en remettre au juge pour constater les usages constitue une solution meilleure parce qu'elle permettra l'adaptation à l'évolution du milieu économique et social).

(141) Planiol, Ripert, Esmein, T. VI, N° 182, p. 242.

Aubry et Rau, T. IV, N° 343 bis, p. 493, et surtout note 4.

Baudry-Lacantinerie et Barde, T. I, N° 62, p. 99.

Demolombe XXIV, 109, Laurent XV, 498, Hyc VII, 27.

Colin et Capitant, T. II, N° 38, p. 34 ; Jossérand « Les mobiles », N°56, p. 70.

(142) Cpr. Planiol, Ripert, Esmein, T. VI, N° 182 ; Jossérand « Les mobiles », N°8 44 et s., p. 57 et s.

personnes (143). Cela est vrai aussi pour les libéralités et contrats de bienfaisance en général. L'affection, lato sensu, est essentiellement un sentiment ad hominem ; en contractant on a principalement en vue telle personne physiquement et civilement bien déterminée. Ces actes — comme aussi le sentiment qui les détermine — peuvent aussi être provoqués par certaines qualités seulement de la personne : ainsi celle de pauvre dans les aumônes (144), celle de voisin dans les prestations gratuites de travail (quand il y a contrat et gratuité). On peut remarquer que ce sera généralement une qualité passive — entendant par là une qualité étrangère à l'activité de l'individu, ne colorant pas cette activité d'un élément qualitatif ou quantitatif — ce qui s'explique fort bien puisque cet individu joue ici le rôle de créancier.

44. — *Dans les contrats basés sur l'idée de confiance* on peut établir aussi quelques présomptions.

En principe seront prises en considération les qualités actives de l'individu, c'est-à-dire les qualités colorant son activité des éléments qualitatif et quantitatif, tel le talent, l'habileté professionnelle, l'originalité, etc., quelquefois aussi des qualités passives telles la renommée pour un chirurgien, un artiste, etc.

(143) Pour ces contrats, la question sera reprise avec plus de détails à propos de l'erreur sur la personne, dans notre 2^e partie.

(144) Il est presque impossible de déterminer quelles sont d'une manière normale ces qualités de l'individu qui détermineront l'acte de libéralité — ce sera très variable selon les circonstances. C'est la volonté du donateur ou du bienfaiteur qui l'indiquera le plus souvent : V. Civ., 6 janv. 1913, S. 20.1.257, note Demogue (Secours aux sinistrés nécessiteux).

Dans les contrats entraînant des rapports d'une certaine durée — comme on a intérêt à être renseigné sur la personne avec qui l'on traite, et la connaissance de l'identité permettant seule de l'être, celle-ci sera une considération déterminante. Ex. : quand on s'associe, bail à ferme (145).

Cependant la considération de l'identité civile peut ne pas avoir été déterminante. Ex. : l'embauchage de manœuvres à vue, pour lequel on ne prend pas en général de renseignements sur ce point et où l'on considère seulement l'identité physique de l'individu (146).

La moralité paraît essentielle aussi dans certains contrats : ceux d'une certaine durée, ceux qui entraînent des rapports personnels entre contractants, telle la société, tel le louage de domestiques — ceux où la nature du travail à effectuer l'impose impérieusement (comptable, encaisseur) — ceux où la valeur de la prestation est en corrélation étroite avec l'honorabilité professionnelle du contractant (vente de clientèle (147), cession d'office).

La religion n'est pas en principe prise en considération (148), de même la nationalité (149).

(145) Angers, 4 mai 1921, D. 1921, 2.125, S. 1922.2.11
Bail à ferme conclu avec un homme et une femme qui se présentent comme faussement mariés.

(146) Req. 17 janv. 1911, S. 1912.1.518, D. 1911.5.61. La Chambre des Requêtes constate expressément qu'il aurait été embauché s'il avait produit ses propres pièces qu'il n'avait pas en sa possession.

(147) Agent d'affaires, Aix, 21 déc. 1870, D. 71.2.79, S. 71.2.216. Req. 4 juil. 1888, Pand. Franç. 89.1.29.

(148) Besançon 5 juil. 1899, S. 1903.2.177 et notre Wahi, Revue critique 1904, p. 457.

(149) Pour la nationalité dans le mariage, voir la question de l'erreur sur la personne, dans notre II^e Partie.

L'exercice de la profession (150) est normalement impliqué, lorsque le contrat a pour objet la prestation de services exigeant des connaissances professionnelles (151). De même la qualité de commerçant a paru déterminante dans une vente à crédit (152).

En matière d'assurance seront considérées comme déterminantes toutes les qualités de la personne de nature à influencer sur le risque.

La solvabilité est-elle incluse dans l'intuitus personæ au moins dans certains contrats ?

Certains textes législatifs sont formels — la disparition de la solvabilité (153) d'un des contractants entraîne la dissolution du contrat.

Art. 1865, 4° C. Civ. pour la société.

Art. 2003 C. Civ pour le mandat — celle du mandataire comme celle du mandant.

Art. 18, al. 2, loi du 13 j. 1930, en matière d'assurance (faillite ou liquidation judiciaire de l'assureur).

D'autres textes donnent seulement le droit de résilier le contrat dans un certain délai.

(150) Le patron qui a cru trouver en son employé des capacités exceptionnelles qui lui font défaut ne peut, pour cette raison, demander la nullité du contrat, en dehors de manœuvres frauduleuses de ce dernier. Trib. Féd. Suisse 26 mars 1892, Annales droit commercial 1893, p. 143.

(151) Rappelons que la prise d'une fausse qualité ou d'un faux nom peut être un élément de l'escroquerie, au même titre que les « manœuvres frauduleuses », a. 405, C. Pénal. Ceci indique bien l'influence de la qualité de la personne dans les relations juridiques des individus (ce sont les deux seuls cas où le simple mensonge est pris en considération dans ce délit pénal).

(152) Trib. Comm. de Nantes, 11 février 1905. Rec. de Nantes 1905.1.335. dans l'espèce, comme cela arrive fréquemment, un dol s'ajoutait à l'erreur sur la personne. Il faut aussi réserver la question de savoir si les parties n'avaient pas introduit cette qualité comme élément déterminant du contrat.

Ex. : art. 18, loi du 13 juillet 1930, alinéa 1 pour le cas de faillite ou liquidation judiciaire de l'assuré (154).

Quoi qu'il en soit, il semble que la considération de la solvabilité de l'une des parties soit déterminante du consentement de l'autre dans certains contrats.

Ex. : Dans le prêt de consommation sans garantie.

Mais il convient ici de mentionner qu'une jurisprudence — certes peu abondante et déjà vieille — a considéré que cette qualité de solvabilité était accidentelle, n'était pas déterminante du consentement et par conséquent l'erreur sur sa solvabilité n'entraînait pas la nullité du contrat (155). Cette jurisprudence est enregistrée par la doctrine (156), sans aucune critique. Personnellement, nous pensons que la solution — l'erreur sur la solvabilité n'entraînant pas la nullité du contrat — est difficile du moins dans certains cas, à justifier en alléguant que la solvabilité n'est qu'une qualité accidentelle. Bien souvent, en effet, il est évident que, la solvabilité de l'un des contractants a déterminé le consentement de l'autre, et ce serait méconnaître le

(153) Entendue largement, à la fois reflet du patrimoine et des qualités financières de l'intéressé. Voyez infra, n° 92.

(154) Remarquons d'une part qu'il s'agit de faillite, donc de cessation de paiement et non à proprement parler d'insolvabilité mais l'idée à la base est la même — et d'autre part que la faculté de résiliation est réservée aussi à l'assuré lui-même.

(155) Civ. 5 août 1874, D.P. 1875.1.105 (Solvabilité envisagée en tant que qualité de la personne). Trib.Civ. Seine 3 août 1897, D.P. 1898.2.51 (Solvabilité en tant que qualité de la chose).

(156) Jossierand « Les immobiles », n° 35, p. 50. Demogue, Traité des obligations, t.I, n° 237, p. 389.

principe de l'article 1110, al. 2, que de refuser ici de l'appliquer. D'ailleurs la jurisprudence — dans des décisions récentes (157) — semble adopter le point de vue que nous soutenons ici. Nous retrouverons d'ailleurs la question à propos de l'erreur dans notre deuxième partie.

Retenons ici que la solvabilité est une qualité déterminante du consentement dans certains contrats.

Peuvent être aussi déterminantes, d'une manière normale, dans certains contrats, des qualités légales de la personne, de sorte que l'erreur sur une de ces qualités donnera ouverture à l'action en nullité. Ainsi je me suis adressé pour négocier des valeurs à un couliissier que je croyais être un agent de change (158). Souvent, dans certains contrats, ces qualités sont envisagées d'une manière normale.

Pour certains auteurs il faudrait comprendre dans le contenu de l'intuitus personæ, à titre de qualité décisive de la personne, la qualité de propriétaire, lorsque le contrat a pour objet un corps certain dont il tend à transférer la propriété de l'une des parties à l'autre. Cette idée entraîne naturellement, si on l'adopte, la possibilité de ramener la nullité de la vente de la chose d'autrui prévue à l'art. 1599 du C. Civ. à la nullité pour erreur sur la personne : l'art. 1599 ne serait que l'application de l'art. 1110 alinéa 2 C. Civ. (159). Cette opinion est

(157) Voyez les arrêtés cités, *infra*, n° 92.

(158) Beudant, Cours de droit civil français, t. VIII, 1936 (G. Lagarde), n° 109, p. 74.

(159) Voyez notamment Josserand « Les mobiles », n° 52, p. 65 et s., peut-être aussi Demogue, t. I, n° 230, p. 375 et s. qui admet cette solution pour le bail de la chose d'autrui (contrat ne comportant pas de transfert de propriété) parée

séduisante. Cependant elle semble osée puisqu'elle considère comme qualité de la personne une qualité qui ne fait pas corps avec cette personne, qui est transmissible aux héritiers et aux tiers. Nous retrouverons la question à propos de la vente (160). Disons seulement ici que nous la rejetons, que nous ne pensons pas que la qualité de propriétaire puisse faire partie du contenu normal de l'intuitus personæ (161).

Telles sont, brièvement passées en revue, les différentes qualités de la personne d'un contractant qui normalement seront déterminantes du consentement de l'autre (162).

En cette matière, il convient de s'en remettre au juge pour déterminer à propos du type de contrat, quelles sont ces qualités d'après l'usage. Et le juge, quand il aura déterminé la situation normale,

que « si le locataire avait su ne pas traiter avec le propriétaire, en fait il n'aurait pas traité », *ibid.*, p. 377.

Baudry Lacantinerie avait été de cet avis dans ses premières éditions. « La vente et l'échange » en collaboration avec Saignat, 1900, n° 118. Il a ensuite abandonné cette opinion. Baudry Lacantinerie et Saignat, 1908, t. XIX, n° 118, p. 110.

(160) Nous retrouverons cette question à propos de la vente dans le titre II.

(161) La qualité de propriétaire n'est point substantielle dans le contrat de transport et dans les rapports du voiturier avec ses clients. C'est ce qu'a décidé, dans une affaire curieuse, la Chambre des Requêtes: Req. 6 février 1922, S. 1923.1.135. La Cour constate que le contrat ne portait pas sur la propriété de la marchandise et qu'il n'était pas besoin de déterminer si les employés de la gare s'étaient ou non mépris sur l'identité du véritable propriétaire de la marchandise.

(162) La question a été posée de savoir si l'on pouvait considérer comme déterminante la capacité (juridique) du cocontractant. Voyez les raisons postulant une réponse négative, dans la thèse de M. Trescartes, 1908, p. 134.

objective en quelque sorte, aura à rechercher si la volonté des parties n'a pas modifié cette situation, si les parties n'ont pas exclu telle ou telle qualité de l'intuitus personæ ou, à l'inverse, si elles n'y ont pas introduit d'autres qualités. Mais la question se pose — et elle est plus générale — de savoir si les parties peuvent, et à quelles conditions, exclure l'intuitus personæ d'un contrat qui le comporte normalement, ou à l'inverse, si elles peuvent et à quelles conditions l'introduire dans un contrat qui ne le comporte pas.

CHAPITRE II

EXCLUSION DE L'INTUITUS PERSONÆ

45. — Dans les contrats dont la nature postule l'intuitus personæ il y aura intuitus personæ — comportant les qualités que nous avons précisées — quand cet intuitus personæ n'aura pas été exclu par la convention. A quelles conditions cette exclusion pourra-t-elle se produire ? Mais est-elle possible ?

SECTION I. — *Dans la possibilité d'exclure
l'intuitus personæ*

46. — Le principe de la liberté des conventions permet de nuancer les effets du contrat au gré de la volonté des parties. Et ce principe général semble devoir s'appliquer aux effets découlant du caractère intuitus personæ du contrat. La loi elle-même d'ailleurs, réglant certaines des conséquences de l'intuitus personæ, prévoit expressément que ses dispositions ne s'appliqueront qu'à défaut de volonté contraire des parties.

Ainsi pour la société, l'art 1868 C. Civ. permet de stipuler qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait soit entre les survivants seuls (1), soit entre les survivants et l'héritier du prédécédé (2).

(1) Déjà valable en D.R. tout au moins sous Justinien, bien que quelques jurisconsultes n'en admettaient point la validité — cette clause fut admise unanimement dans l'A.D.

Le seul obstacle à sa vitalité résultait du fait que l'une des personnes — dont la considération avait pu être déterminante du consentement des autres — disparaissait.

(2) Cette clause était nulle en D.R. d'une nullité d'ordre public: D.L. 59 Pro Socio XVII. 2. Cependant une exception était admise: la clause était valable dans les sociétés de publicains chargées de percevoir les impôts.

Quels étaient les obstacles à la validité de cette clause ? Il y avait d'abord celui signalé pour la clause précédemment étudiée: voy. la note précédente. Et l'atteinte à l'intuitus personæ était même plus forte: car non seulement une personne disparaissait mais encore elle aurait été remplacée dans le contrat par une autre personne — l'héritier — que les autres associés n'auraient point choisie.

D'autre part, cette personne inconnue peut-être — l'héritier — pouvait se trouver être incertaine. Or, l'existence du sujet de droit était à Rome une condition capitale.

A côté de ces raisons déjà péremptoires, il y en avait

Et ce texte a permis de valider de nombreuses clauses qu'ont fait naître les besoins pratiques. La validité de toutes ces clauses au point de vue de l'exclusion de l'intuitus personæ qu'elles consacrent ne fait de difficulté ni en doctrine ni en jurisprudence.

De même l'article 1861 C. Civ. prévoit que l'associé pourra se substituer ou s'adjoindre un tiers dans la société avec le consentement des autres associés (3).

En matière de mandat, il en est de même : si ce contrat cesse par la mort du mandant ou du mandataire, la convention contraire est cependant valable, et cela depuis le Droit Romain déjà (4).

d'autres constituant sans doute un obstacle encore plus déterminant : l'interdiction de cette clause sauvegardait, sous un certain angle, la liberté de tester dont les Romains étaient fort jaloux (raison invoquée par Cujas).

Enfin, on a soutenu que l'Etat romain était trop centralisateur pour permettre la société héréditaire (Beslay, Thèse. 1865). Sur tous ces points, voir pour plus de détails, E. Cazagne, Thèse, Paris, 1932.

Dans l'A.D., la validité de cette clause fut discutée : Certains la tinrent pour nulle : Despeisses « Des contrats », 1^{re} partie, t.III sec. 3, n° 4. Mais la majorité des auteurs en admit la validité : Pothier, n° 145. Masuer « Pratique... », t.28. Des associations, n° 35. Domat « Lois civiles », l.I, t.8, sec.II, § 4 ajoutait « Cette convention renfermait la condition que les héritiers seraient agréés et qu'eux aussi agréeraient les autres ».

L'art. 1868 C.C. abroge la loi romaine dans les pays où elle avait force légale — mais le Code Civil n'ayant pas été rétroactif, la nullité de la clause fut encore prononcée. V. Besançon, 11 janvier 1810, Dormoy S. et P. chron.

(3) La validité de cette clause, même à l'égard des tiers, c'est-à-dire des créanciers de la société, n'est plus discutée aujourd'hui : Ex. Cass. 30 juil. 1901, S. 1905.1.502. Cass. 13 janv. 1921, J.S. 1922.495 Sic : Pic t.I, n° 363 et 364. Arthuys, t.I, n° 106. Mais il convient de remarquer que dans les sociétés civiles le cédant reste responsable du passif antérieur à la cession.

(4) L. 12, § 17, L. 13 D. mandat.

Dans le bail à colonage partiaire aussi les parties sont libres de déroger à l'article 6 de la loi du 18 juillet 1889 (5).

Toutes ces solutions, appuyées sur des textes et des travaux préparatoires, ne laissent aucun doute sur la possibilité d'exclure certaines conséquences de l'intuitus personæ dans les contrats. Sur ce point la seule question qui se pose est celle de savoir à quelles conditions cette exclusion peut être réalisée, question qui sera étudiée dans la seconde section de ce chapitre.

Mais si la loi est formelle pour l'exclusion de certaines des conséquences de l'intuitus personæ dans certains contrats, elle ne l'est point pour d'autres, et elle ne proclame nulle part cette possibilité pour l'ensemble des effets basés sur l'intuitus personæ. Si bien que la question — après la publication du Code Civil, restait entière de savoir si l'on pouvait valablement exclure tout l'intuitus personæ d'un contrat qui le comporte normalement.

Cette question est une des faces du problème plus général qu'on peut ainsi formuler : l'intuitus personæ envisagé comme élément des contrats, dépend-il exclusivement de l'autonomie de la volonté ? Problème qui pose aussi la question de la validité de l'introduction de l'intuitus personæ dans un contrat qui ne le comporte pas par sa nature.

Ces deux faces du problème sont semble-t-il commandées par les mêmes principes mais pour la clarté de l'exposé nous étudierons seulement dans cette section la possibilité de l'exclusion de l'intuitus personæ d'un contrat qui le comporte normalement.

Cette question — sous cet aspect — n'est pas

(5) Les travaux préparatoires de cette loi sont formels.

seulement théorique — elle s'est en effet présentée en pratique. En fait, elle ne s'est posée que pour deux contrats : mandat et société. Et sans doute, il est aisé de comprendre qu'elle ne pouvait guère se poser pour les autres contrats intuitus personæ pour les contrats artistiques par exemple ou pour les contrats relatifs au droit des personnes. On n'a point vu de cas dans lesquels l'un des contractants aurait par exemple commandé un tableau pour une forte somme en cherchant à exclure l'intuitus personæ du contrat, c'est-à-dire en excluant complètement la nécessité pour l'autre contractant, pour le peintre, d'exécuter lui-même le tableau. Ce contrat ne se présente pas en pratique — il semble que ce serait l'œuvre d'un fou, ou une donation déguisée.

De même la question ne semble pas devoir se poser pour les actes à titre gratuit. Certes, il est de ces actes sans intuitus personæ — et nous les avons signalés(6) mais il s'agit alors soit de dispositions portant sur des sommes modiques, soit de libéralités à but déterminé, les fondations. Et la validité de ces deux catégories de libéralités n'a guère été contestée sur le fondement de l'absence d'intuitus personæ. La question juridique qui se pose pour elles est relative à l'existence d'un sujet de droit, le bénéficiaire, et à sa détermination, mais non pas à l'intuitus personæ même. Il y a plus en réalité, dans ces catégories spéciales de libéralités, absence d'intuitus personæ résultant de la nature de la convention et de son but qu'exclusion de cet élément par la volonté des parties.

Il en est peut-être de même dans le cas où une personne fait une libéralité dépourvue totalement

(6) Voyez supra, n° 18.

d'intuitus personæ : elle y désigne le bénéficiaire au hasard (car il faut un bénéficiaire pour que la libéralité soit valable). C'est le cas où le disposant agit en haine de sa famille légitime, où le motif impulsif et déterminant de son acte — la cause — est le désir de priver de ses biens ses parents qu'il déteste. Il gratifiera des personnes qui pourront lui être complètement indifférentes. Cependant on peut voir là une exclusion de l'intuitus personæ, plutôt qu'une opération ne comportant pas normalement l'intuitus personæ. Quoi qu'il en soit, jamais de ce chef la validité de cette opération n'a été contestée (7) et ce pourrait être un argument en faveur de la possibilité de l'exclusion de l'intuitus personæ, bien que le cas soit en pratique infiniment rare.

Enfin rechercher si l'exclusion de l'intuitus personæ est possible pour le mariage et autres contrats analogues ne semble pas sérieux dans notre droit moderne. Mais il convient de remarquer qu'ici ce ne sont pas seulement des raisons de fait qui s'opposent à ce que la question se présente en pratique. C'est qu'en réalité, il y a impossibilité juridique à l'exclusion de l'intuitus personæ, car en cette matière intervient la notion d'état des personnes — et l'on sait que la convention des parties ne peut modifier cet état.

47. — La possibilité d'exclure l'intuitus personæ d'un contrat qui le comporte normalement s'est posée pour le mandat — peut-être d'une façon

(7) Dans notre droit, cet acte est même valable à tous les points de vue, l'ancienne action ab irato ayant été supprimée. Planiol, Ripert et Trasbot, t.V, n° 314, p. 328.

indirecte (8). Mais la Cour de Paris a cru devoir statuer sur ce point. Elle a annulé un bon de commission au porteur remis à un agent d'affaires, pour ce motif principal « que le mandat est un contrat essentiellement personnel ne pouvant intervenir que intuitu personæ ; ... l'attribution du mandat implique nécessairement la confiance du mandant en celui qu'il charge de ses intérêts et on ne saurait concevoir qu'il soit valablement conféré au porteur » (9).

(8) La question de savoir si l'on peut exclure valablement l'intuitus personæ d'un contrat qui le comporte normalement — mandat ou société — n'est pas, en effet, identique à celle de la validité, soit du mandat au porteur soit de la société civile à part d'intérêt sous forme de titre au porteur. Certes, tout titre au porteur — qu'il soit représentatif d'un mandat ou d'une part d'intérêt — est exclusif de l'intuitus personæ, mais pour résoudre le problème de sa validité, il faut tenir compte d'autres circonstances que celles de l'absence d'intuitus personæ — de circonstances qui tiennent à la forme au porteur et notamment du fait que les porteurs successifs seront inconnus et qu'il sera impossible, en fait tout au moins, de mettre en jeu leur responsabilité. Nous devons donc envisager la question dans des termes légèrement différents et nous pourrions prendre une hypothèse voisine — celle où les mandataires et associés successifs choisis sans intuitus personæ — peuvent être à tout moment découverts soit par le mandant soit par les autres associés ou les créanciers sociaux. Pour la société, cette hypothèse se réalise quand la transmission des parts est absolument libre, sous réserve de l'observation des formalités du transfert. Pour le mandat, la pratique — à notre connaissance — n'a point réalisé cette hypothèse mais il est facile de l'imaginer — il suffit par exemple que le titre représentatif du mandat — le pouvoir — ne soit transmissible que par endossement. Dans ces hypothèses alors, la question de la validité de ces opérations peut se ramener exclusivement à celle de savoir si l'on peut valablement exclure l'intuitus personæ d'un contrat qui le comporte normalement.

Autre difficulté, c'est que le titre représentatif du mandat constitue plus une obligation qu'un droit et alors la question se pose de savoir s'il sera toujours invoqué par le dernier endosseur.

(9) Paris, 23 mai 1919, D.P. 1920.2.86. S. et P. 21.2.33, note Bonnecase.

Cette décision de la Cour de Paris, si elle a été critiquée par M. Bonnecase dans sa note précitée, a néanmoins été approuvée par M. Voirin, dans la deuxième partie de sa chronique (n° 24) au D. H. 1931, et n'a pas été critiquée par M. Demogue qui l'enregistre comme solution nouvelle dans la Revue Trimestrielle (1920 p. 380 n° 62).

Etudions les opinions en présence :

Pour M. Voirin, l'intuitus personæ est un élément essentiel du mandat. Le mandat repose sur la confiance, réelle ou feinte, du mandant en la personne du mandataire. Certes la confiance présente des degrés divers et elle est plus ou moins fondée dans la réalité, mais cette confiance est tellement essentielle au mandant que l'on ne peut admettre que la forme dans laquelle est coulée le mandat puisse en exclure la possibilité même. Le mandat au porteur qui ne peut comporter la possibilité de confiance du mandant en la personne du mandataire — et par suite le mandat sans intuitus personæ est nul.

Et l'objection tirée de la faculté de substitution ne doit pas être retenue : d'une part, elle ne soulève qu'une question de responsabilité non de validité, d'autre part, dans le mandat au porteur il n'y a pas de substitution, il y a un seul mandataire : le porteur.

Pour M. Bonnecase, au contraire, le mandat au porteur serait valable — du moins aujourd'hui. Certes, cet auteur reconnaît que dans la conception du mandat qu'ont eue les rédacteurs du Code Civil le caractère de contrat personnel est très net, mais de la réglementation légale, il ressort que le mandataire a le droit de se substituer un tiers sur la base de la volonté du mandant et sous certaines condi-

tions. C'est la mise en œuvre de ce droit de substitution que l'on trouve dans le mandat au porteur. Et cette forme de mandat n'est nullement interdite par la loi.

Pour M. Bonnecase la situation résultant de la collation d'un mandat au porteur est la même que celle résultant de l'attribution expresse par le mandant au mandataire du pouvoir de se substituer un tiers. Dans ce second cas, le mandant aura le mandataire primitif comme répondant éventuel, tandis que ce mandataire primitif ne sera pas connu dans la première hypothèse ; mais, ajoute l'auteur, « rien ne s'oppose à ce que sur la base de l'art. 1134 du C. Civ. le mandant se contente d'avance de la responsabilité du tiers substitué ».

C'est ce point précis qui nous paraît être la pierre angulaire de la question. L'intuitus personæ dans les obligations de faire apparaît dans l'économie des contrats comme une espèce de garantie pour le créancier, garantie de la qualité de l'exécution des obligations (10).

48. — Et quand la réglementation des contrats comporte l'intuitus personæ, c'est-à-dire en principe la confiance en la personne qui effectuera la prestation, est-il loisible d'adopter ce contrat en excluant de sa structure l'intuitus personæ. C'est exactement la même question qui se retrouve en matière de société civile. Peut-on admettre que le mandat d'administrer la société (la part d'intérêt

(10) Ne pas confondre cette espèce de garantie que recouvre ici l'intuitus personæ et qui assure en quelque sorte au créancier la qualité de l'exécution de l'obligation — avec la garantie qui assure la réalisation de l'exécution et que nous avons signalée dans l'intuitus personæ colorant d'autres obligations, voyez supra, n° 20.

comporte en principe ce pouvoir : art. 1859 C. Civ.) et par conséquent la possibilité d'engager la responsabilité indéfinie des associés puisse être accordé à un tiers quelconque, lequel pourra se substituer une autre personne inconnue (11) ? Et dans le cas où les parts d'intérêt cessibles ne comportent pas le pouvoir d'administration, peut-on concevoir comme raisonnable que les associés acceptent n'importe qui dans la société alors que l'insolvabilité éventuelle de ce nouvel associé retombera sur eux (12) ? N'est-il pas contraire à la raison et au bon sens de considérer comme valable l'engagement d'un associé dans de pareilles conditions ? N'est-il pas dangereux de laisser circuler des titres qui pourront tenter le public et qui présenteront pour les souscripteurs des dangers dont ils ne peuvent point mesurer la portée en s'engageant ? Les acquéreurs de parts sociales se rendent-ils bien compte qu'en devenant associés ils mettent leur fortune à la disposition de personnes inconnues, sinon pour le présent, du moins pour l'avenir ? et même s'ils ont pleine conscience de ce danger, peuvent-ils s'engager de la sorte ?

Certes entre les deux situations — celle résultant du mandat et celle résultant de la société — il existe une différence fort importante, du moins dans

(11) Certes, l'associé cédant — à supposer qu'il puisse être connu, et nous le supposons — restera responsable de sa gestion à l'égard des autres associés, il ne pourrait se décharger de ses obligations en cédant sa part. Mais il ne sera pas responsable de la gestion de son cessionnaire — et d'autre part comment même compter sur sa responsabilité pour sa propre gestion puisqu'il n'a pas été choisi — et par conséquent est peut-être insolvable.

(12) Dans les sociétés en nom collectif, la situation serait encore plus grave, puisque les associés sont solidairement responsables.

l'état actuel de notre droit. Cette différence vient de ce que le mandant peut toujours limiter à l'avance à l'égard des tiers les pouvoirs du mandataire (art. 1998 C. Civ.) : il lui suffira de faire connaître aux tiers les réserves qu'il veut apporter à ces pouvoirs (13) ce qu'il peut faire valablement dans la procuration, ou par une publicité spéciale s'il s'agit des pouvoirs d'un mandataire général (14).

En matière de société civile, au contraire, une jurisprudence aujourd'hui constante (15) déclare

(13) Sans cela il serait tenu sur le fondement, quasi-délictuel d'après notre jurisprudence, de l'apparence trompeuse qu'il aurait créée. Voyez notamment :

Req. 14 juin 1875, S. 75.1.368, D.Jur. Gén. Suppl. V. mandant, n° 142.

Req. 11 avril 1876, S. 79.1.292, D. 79.1.164.

Req. 21 mars 1910, S. 1913.1.297, note Naquet.

Req. 14 janv. 1920, S. 1920.1.272.

Alger, 7 juin 1899, D. 1901.2.181.

(14) Voy. pour le gérant d'une succursale : Poitiers, 6 mars 1928, Gaz.Pal. 1928.2.109 pour un agent d'assurances, Civ. 27 nov. 1929, D.H. 1930.68.

(15) V. Cass. 21 février 1883, Châtillon S. 84.1.361, P.84.1.929, le rapport du conseiller Lemaire et la note Labbé, D. 83.1.217. Cass. Civ. 18 juin 1904, S. 1906.1.325, note Wahl. D. 1905.1.125, note Percerou. Certains auteurs ont essayé de procurer le bénéfice de la limitation de responsabilité à l'apport — comme cela existe dans les sociétés commerciales — aux membres de la société civile ordinaire. Voy. notamment Rons, thèse Toulouse 1908 et Houpin. J.S. 1925, p. 5.

Aujourd'hui, il semble que l'on pourrait aisément s'acheminer vers cette solution puisque les sociétés civiles comportent depuis la loi de finances du 13 juillet 1925 une certaine publicité qui les extériorise (sur ce point, consulter Nicolaï, Le nouveau régime des sociétés civiles. Gaz.Soc. 1925, 3271 et Auger « La déclaration des sociétés civiles : Revue des Sociétés, Déc. 1925). Mais outre que la sanction du défaut de publicité ne consiste qu'en une amende et des pénalités fiscales et non en la nullité de la société, il faut tenir compte de ce que la question a perdu de son importance, le législateur ayant « commercialisé » en grand nombre les sociétés

inopposable aux tiers les stipulations statutaires limitant la responsabilité des associés : malgré ces clauses les créanciers auront toute liberté de poursuivre les associés conformément au droit commun de l'art. 1863 C. Civ. (16). Les créanciers ne pourraient plus exercer ce droit qu'au cas où ils y auraient expressément renoncé dans le contrat qui les lie à la société (art. 1863 *in fine*) (17). Notons que cette jurisprudence est très combattue par la doctrine (18).

Mais cette différence n'empêche point que la question de la validité de l'exclusion de l'intuitus personæ puisse se poser d'une façon identique pour la société et pour le mandat. Le mandant a pu ne pas utiliser son droit de limiter sa responsabilité à l'égard des tiers. Et alors dans ce cas comme en matière de société, le problème peut se poser en ces termes :

49. — Une personne peut-elle consentir à ce qu'un tiers qu'elle ne connaît pas puisse engager sa responsabilité illimitée ?

Un tel engagement semble contraire à la rai-

civiles (loi du 9 sept. 1919, art. 5, Société de mines, loi du 7 mars 1925, sociétés à R.L.), loi du 13 juillet 1925 enfin qui réfute acte de commerce l'acte d'entremise pour l'achat et la vente d'immeubles, ex. : Caen 30 avril 1926, S. 1927.2.150.

(16) Planiol, Ripert et Lepargneur, t. XI, n° 1041, p. 304.

(17) Cass. 21 février 1883 précité : il importe peu que les créanciers (des associés en l'espèce) aient connu ou pu connaître la clause des statuts, cette connaissance ne pouvant suppléer la déclaration spéciale exigée par l'art. 1863, C. Civ. Douai, 23 mars 1878, Lefèvre, S. 78.2.305, p. 78, 1255, D. 79.2.109.

(18) Thaller et Percerou, n° 779 et note, sous Civ. 18 nov. 1902, S. 1904.1.417. Lyon-Caen Renault H. n° 1078. Labbé, note au S. 1884.1.361. Cf. Pic I, n° 220. Voir cependant Planiol. Traité élémentaire, t. II, n° 1967, *in fine*.

son. Mais est-il valable au point de vue juridique ? Le principe de la liberté des conventions peut-il justifier une pareille situation ?

Peut-être une solution négative serait-elle conforme à la tendance moderne qui se manifeste pour protéger l'homme contre sa faiblesse ou son imprévoyance et peut-être conviendrait-il d'ajouter ce cas à ceux « nombreux... où des obstacles sont apportés à l'accord engageant l'avenir, même à titre onéreux, relatif à un intérêt patrimonial » (19).

50. — Présenter le problème de la validité de l'exclusion de l'intuitus personæ sous cet aspect, c'est peut-être le faire sous une de ses formes les plus critiques. En effet, ce n'est pas dans tous les cas que l'intuitus personæ est en quelque sorte le contre-poids à cette possibilité pour un tiers d'engager la responsabilité illimitée d'une autre personne. Généralement l'intuitus personæ recouvrera seulement un grand intérêt pour une personne à voir l'obligation, dont elle est créancière ou la créance dont elle est débitrice, attachée (j'emploie un terme large) à une personne spécialement choisie par elle. Exclure l'intuitus personæ, ce sera donc pour elle, renoncer à cet intérêt que la nature du contrat lui assurait (20). Seuls des intérêts privés sont en jeu. Et dans ces conditions il ne semble guère que l'on puisse interdire une telle stipulation et il suffirait d'exiger que cette renonciation résulte d'une volonté consciente et certaine.

(19) Planiol, Ripert, Esmein, VI, n° 225, et s. p. 307.

(20) Comparez pour la possibilité de renoncer à l'interdiction de céder ou de louer les droits d'usage et d'habitation (a 631, et 364 C.Civ.) l'arrêt de Douai du 14 Déc. 1936. Recueil de Douai, 1937.150, D.H. 1938, sommaires, p.4.

Mais il est d'autres cas où cet intérêt que recouvre l'intuitus personæ n'existe pas dans la réalité, bien que la réglementation légale du contrat semble comporter l'intuitus personæ. Ainsi il peut arriver que la mission confiée à un mandataire soit telle qu'en fait le mandant n'ait pas un intérêt bien certain à ce qu'elle soit remplie par le mandataire qu'il a choisi. Cela se produit par exemple lorsque l'initiative laissée au mandataire est très faible, lorsque sa personnalité ne doit pas intervenir efficacement dans la réalisation de l'acte qu'il doit passer — lorsque ce qui importe pour le mandant, c'est avant tout que l'acte soit passé et que lui importe peu la personnalité de celui qui le réalisera en son nom. Le mandant a en vue essentiellement un résultat objectif et la personnalité du mandataire n'intervient pas comme moyen nécessaire pour réaliser ce résultat, bref la considération déterminante de la volonté du mandant c'est seulement dans ce cas le but objectif et la personnalité du mandataire n'est qu'une considération bien peu déterminante de son consentement — parce qu'il n'a aucun intérêt à ce que ce soit ce mandataire qui réalise l'opération prévue. Sous cet aspect, l'exclusion de l'intuitus personæ ne pose nullement une question de renonciation à un intérêt puisque cet intérêt n'existe pas.

Certes dans ce cas, il faut tenir compte d'autres considérations, nous semble-t-il. La structure juridique du contrat postulant l'intuitus personæ, la personne qui voudra invoquer l'absence d'intuitus personæ dans le contrat concret, base du litige, devra démontrer que l'exclusion de l'intuitus personæ a été réalisée lors de la passation du contrat. Ce sera pour elle une question de preuve alliée à la question des conditions d'exclusion de l'intuitus perso-

næ, mais dans cette hypothèse la possibilité de l'exclusion de l'intuitus personæ d'un contrat qui le comporte normalement ne semble point faire de doute puisque l'intérêt que recouvre l'intuitus personæ n'existe pas dans la réalité de l'économie de ce contrat concret. Dans cette hypothèse il nous semble que peuvent prendre place différents cas assez fréquents, auxquels nous avons déjà fait allusion, libéralités de sommes modiques distribuées lors de certaines cérémonies, contrat de travail quand le travail est par sa nature considéré comme fongible d'après les habitudes : telle l'obligation du manoeuvre, etc., de même contrat d'entreprise quand le travail présente le même caractère. Ex. : creuser un fossé, etc., mandat quand la mission du mandataire est très limitée et que son accomplissement n'exige nullement des qualités spéciales. C'est à cette idée que pourrait être rattaché l'arrêt de la cour de Paris (21) précité : la personnalité de l'agent d'affaires n'avait aucune influence sur l'acte de vente : le bon de commission était donné au porteur : l'exclusion de l'intuitus personæ ne constituait pas une renonciation à un intérêt de la part du mandant — la validité de l'exclusion ne se posait pas. Et peut-être que la preuve de l'absence d'intérêt pour le mandant de vendre son fonds par l'intermédiaire de cet agent d'affaires plutôt que par un autre, résulte des motifs de l'arrêt même :

(21) D'autres principes juridiques pouvaient aussi justifier la solution de l'arrêt : a) enrichissement sans cause ; b) jurisprudence sur la réduction du salaire des agents d'affaires ; c) absence de cause. Et il est vraiment curieux que la Cour, en présence d'arguments si solides, ait utilisé un moyen dont la valeur juridique aurait dû paraître du moins douteuse et qui, en tout cas, ne pouvait entraîner la nullité de l'acte (v. infra au texte).

c'est en réalité par l'intermédiaire d'un autre agent d'affaires que la vente avait eu lieu ; le résultat que cherchait le mandant c'était donc essentiellement un résultat objectif : vendre son fonds et peu lui importait la personnalité de l'agent d'affaires — quant à la preuve de l'absence d'intérêt tenant à l'intuitus personæ pour le mandant, elle résultait nécessairement de la forme du porteur dans laquelle était coulé le mandat. Au surplus, à supposer que l'intuitus personæ fasse partie de l'essence du mandat, que l'on ne puisse concevoir le mandat sans intuitus personæ, il nous paraît certain que le bon de commission ne pouvait être annulé pour ce motif — en effet, le principe de la liberté des conventions validait parfaitement l'opération réalisée : la promesse de paiement forfaitaire d'un travail à réaliser par l'agent d'affaires.

Ainsi, il apparaît possible de concevoir un mandat sans intuitus personæ de même une société. Dans ce cas la personnalité des parties s'efface devant le but à réaliser, la considération du but objectif a fait disparaître la considération de la personne, l'intuitus rei a supplanté l'intuitus personæ. Cela tient à ce que l'exécution des obligations du mandataire ou de l'associé, si elle suppose en général les qualités propres à certains individus, spécialement choisis pour ce, peut néanmoins être réalisée dans des conditions à peu près identiques par d'autres personnes, car la personnalité de l'exécutant n'est pas nécessairement partie intégrante du but que poursuit le contractant. Mais il est des contrats, notamment les contrats artistiques, où l'objet dépend absolument de la personnalité de l'exécutant, où il est l'émanation de l'intelligence, de la sensibilité, de l'intuition, de l'art de la personne qui a été choisi — comment

dès lors dans ces contrats se poserait la question de l'exclusion de l'intuitus personæ (22) ? il est certain que la difficulté ne peut alors se présenter directement — elle n'apparaît que d'une façon indirecte — notamment à propos de l'emploi de collaborateurs. Mais là n'est pas le lieu de traiter de cette question qui trouvera naturellement sa place dans la deuxième partie de notre étude.

En résumé, il est certains cas où l'intuitus personæ semble toujours nécessaire — il est d'autres hypothèses où l'intuitus personæ a disparu, a fondu en quelque sorte dans le creuset de la convention, il en est enfin où l'exclusion de l'intuitus personæ, est réalisée par la convention alors que la présence de ses conséquences n'était nullement en contradiction avec le but poursuivi. Reste alors à savoir à quelles conditions cette exclusion sera réalisée juridiquement c'est l'objet de la section suivante.

(22) Cpr. Larombière, t.I, sous a.1142, p. 539. « ...Je ne sache guère que Mummius qui ait considéré comme choses fongibles les tableaux et les statues de Corinthe. »

SECTION II. — *Des Conditions de l'exclusion de l'intuitus personæ.*

51. — L'exclusion de l'intuitus personæ d'un contrat qui le comporte normalement étant possible, il convient de rechercher à quelles conditions cette exclusion sera réalisée juridiquement (23).

Certes, aucune difficulté n'existera si la volonté commune des parties sur ce point est formelle, expresse : si par exemple les contractants ont convenu que l'intuitus personæ ne devra jouer aucun rôle dans le contrat. Mais cette hypothèse, qui ne soulèverait guère de difficultés, sinon pour déterminer ce qu'il convient d'entendre par intuitus personæ, n'est jamais réalisée en pratique. Bien souvent, les parties se bornent à stipuler que la mort de l'un des contractants ne mettra pas fin au contrat, ou que la cession à un tiers sera libre ou sera possible mais à certaines conditions. Quelquefois des clauses prévoient la continuation après décès, en même temps que d'autres la cessibilité aux tiers. Quand il y a des clauses expresses, les difficultés se ramènent à rechercher le degré d'exclusion de l'intuitus personæ (exemple : la non cessation des effets du contrat à la mort) entraîne l'exclusion des autres conséquences (impossibilité de céder le contrat à un tiers, de se substituer à un tiers dans l'exécution, prise en considération de la personne pour l'existence de l'er-

(23) Cette question doit être rapprochée de celle traitée au titre II, chapitre II, section II.

reur, cessation du contrat en cas de faillite) ou inversement, par exemple, si la possibilité de céder le contrat à des tiers exclut la cessation à la mort. Toutes ces difficultés consistent à déterminer la portée exacte d'une volonté qui existe, et quelquefois à rechercher à côté d'une volonté qui a existé pour un certain point, une volonté qui a peut-être existé pour les autres points. Dans d'autres hypothèses, la volonté ne s'est pas manifestée dans des clauses formelles, expresses, et cela, pour aucune des conséquences. Il s'agit alors de rechercher si elle a existé et dans quelle mesure le droit doit en tenir compte. Enfin il se peut que l'exclusion de l'intuitus personæ se réalise après la formation du contrat, après même qu'une partie de l'exécution sera opérée. Quelles conditions alors seront nécessaires pour que l'exclusion soit valable juridiquement ? Faut-il une volonté commune des parties ? en quelle forme ? Comment sera-t-elle alors prouvée ?

Toutes ces questions sont dominées par la théorie générale de la volonté dans les actes juridiques, par les principes d'interprétation des contrats, et quelquefois, quand l'intuitus personæ existait normalement en vertu d'une disposition légale, par la solution à la question de la valeur du droit supplétif. Nous essaierons de montrer l'application de ces principes généraux du droit à cette question de l'exclusion de l'intuitus personæ des contrats qui le comportent normalement : ainsi apparaîtront les conditions d'exclusion de l'intuitus personæ, à propos des différentes difficultés pratiques qui se sont présentées.

52. — Mais avant de passer en revue ces difficultés pratiques et de dégager les conditions d'exclusion de l'intuitus personæ, il faut prendre parti

sur une question dont la solution pourrait influencer le juge sur presque toutes les questions qui se présenteraient à lui : celle de savoir si la dérogation au caractère personnel du contrat constitue une exception, ou si c'est au contraire un retour au droit commun. Si c'est une exception, le juge l'admettra plus difficilement. De même, il l'interprètera strictement quand elle existera. Si on analyse au contraire l'atteinte portée à l'intuitus personæ comme un retour au droit commun, sur les deux points envisagés, l'attitude du juge sera différente. En faveur de cette seconde position, on peut invoquer que l'existence de l'intuitus personæ est en quelque sorte une situation exceptionnelle dans notre droit où il semble bien que la règle générale, ce soit la transmission des contrats aux héritiers (art. 1122 début — et art. 724 C. Civ. — l'art. 1122 in fine semblant constituer une exception) de même qu'il paraît a priori, ne serait-ce que d'après la place respective de ces textes, que l'article 1237 est une exception au principe que pose l'article 1236 C. Civ. D'ailleurs, n'est-ce pas au créancier qui invoque l'article 1237 à prouver son intérêt à ce que l'obligation « soit remplie par le débiteur lui-même » ?

Au contraire, en faveur de l'autre point de vue, on peut soutenir qu'une atteinte à l'intuitus personæ est contraire à la nature du contrat, à la situation normale (nous sommes en effet en présence d'un contrat comportant normalement, par nature, l'intuitus personæ (24). C'est plutôt vers ce second parti que nous pencherions, bien que nous ayons

(24) Cpr. Sur un aspect spécial de cette difficulté quant au contrat de société, l'opinion de M. Hémard (note S. 1908. 1.178) développée par E. Cazagne, Th. Paris, 1932.

admis *supra* (25) qu'en cas de doute absolu quant à l'existence de l'intuitus personæ, le juge devrait se prononcer pour la négative. Mais nous pensons que la question de savoir s'il y a exception à une situation normale ou retour au droit commun devrait être résolue dans le sens qui serait indiqué par la volonté dominante des parties dans chaque espèce : ce serait en quelque sorte cette volonté des parties qui indiquerait au juge si le caractère de l'opération est changé au point qu'une interprétation large doive être substituée à l'interprétation étroite. Quoi qu'il en soit, comme la question est délicate, nous nous efforcerons de ne point exagérer l'importance de l'argument à tirer de la solution donnée à cette question. Ainsi, nous envisagerons les difficultés pratiques avec plus de liberté d'esprit.

I. — Quelquefois une clause prévoit expressément l'exclusion d'une conséquence de l'intuitus personæ : la question se pose de savoir si les autres conséquences doivent être considérées comme exclues aussi ? Cette difficulté se présente sous plusieurs aspects.

53. A. — Une clause prévoit expressément que le contrat continuera à produire effet malgré la mort de la personne spécialement choisie, c'est-contrat (26). La question se pose de savoir si cette à-dire que ses héritiers prendront sa place dans le

(25) Chapitre préliminaire. Il n'y a pas, entre les positions que nous prenons, de contradiction.

(26) Nous n'envisageons ici que la clause pure et simple. Quelquefois on prévoit que les héritiers devront être agréés par le ou les contractants, ou par telle majorité des autres associés (dans la Société). D'autres fois, on donne à l'autre contractant le droit d'opter entre la dissolution de la Société, la continuation avec les héritiers, la continuation sans les

clause permet à la partie spécialement choisie de se substituer un tiers dans les liens juridiques nés du contrat.

Il faut répondre en principe négativement : la situation est différente. Les contractants connaissent peut-être les héritiers, tandis qu'il y a de fortes chances pour qu'ils ne connaissent point les tiers auxquels une cession donnerait place dans les liens juridiques nés du contrat. D'autre part, à supposer qu'ils ne connaissent pas les héritiers, ils peuvent penser que leur contractant les mettra au courant du travail, ou en tout cas qu'ils recueilleront le patrimoine de leur auteur. En présence d'un tiers étranger, il en sera différemment : il est vrai que le patrimoine du cédant restera dans une certaine mesure une garantie pour l'autre contractant. La situation est tout de même différente.

Nous pensons aussi que la clause de continuation avec les héritiers ne permet pas en principe au contractant de léguer sa place. Mais ici la solution est moins certaine.

54. B. — Une clause prévoit la liberté de cession à des tiers de la position contractuelle du contractant, normalement choisi dans ce contrat. Cette clause entraîne-t-elle la transmissibilité aux

héritiers (clause de triple option). Et ces clauses se combinent quelquefois avec une option attribuée à l'héritier.

Toutes ces clauses n'ont guère soulevé de difficultés quant à la question de l'intuitus personæ. Il se peut cependant que l'exercice de l'option ou de l'agrément donne lieu à un abus de droit lorsqu'ils sont exercés contrairement aux conditions prévues expressément ou tacitement ou dans l'intention de nuire. En pratique il serait bon que les parties prévoient à l'avance avec précision les conditions d'exercice de ces différents droits.

héritiers ? Cette question s'est surtout présentée en matière de société et la Doctrine l'a discutée.

MM. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL (27) y répondent négativement, car pour eux « il n'y a aucune analogie entre cette cession et la transmission des droits sociaux aux héritiers ». C'est aussi l'opinion de Huc (28) et d'Hémar (29). Pour ce dernier auteur, les deux choses étant différentes, on ne peut conclure de l'une à l'autre. Et son raisonnement est pressant : elles sont différentes dans leur source et dans leurs effets : dans leur source puisque l'une, la clause de cession est volontaire, et que l'autre s'effectue de plein droit ; dans leurs effets pour plusieurs raisons :

1°) généralement les héritiers sont inconnus et les tiers doivent être agréés par les autres associés.

2°) même si la cession n'était pas soumise à la ratification des coassociés du cédant, elle ne doit pas être assimilée pour cela à une clause de continuation avec les héritiers. Il y aura lieu de supposer, en effet, que le cédant ne voudrait pas faire entrer dans la Société un homme dont il connaîtrait la mauvaise réputation, le défaut de crédit ou l'incapacité notoire. On peut même se demander si la mauvaise foi du cédant n'engagerait pas sa responsabilité, soit en vertu du principe posé par l'article 1382 soit en vertu de la théorie jurisprudentielle de l'abus de droit (le droit de céder ses actions ne devant pas être retourné contre l'intérêt social dans une intention de nuire par exemple) (l'art. 1135 C. Civ. s'ap-

(27) Du contrat de société, n° 391.

(28) Commentaire... I-2, n° 177, p. 153.

(29) Note au S. 1908.1.178. Cpr. Cazagne. Th. Paris, 1932, n^{os} 26 et s.

pliquerait ici). Donc le danger que présente la clause de cession est moins grave que celui qui résulterait éventuellement d'une clause de continuation avec les héritiers (30).

La majorité de la doctrine (31) est en sens contraire. L'atteinte que porte la clause de libre cession à l'intuitus personæ est tellement grave, qu'elle dénature le caractère du contrat. Il est donc tout à fait naturel de conclure qu'une telle clause implique aussi nécessairement chez les contractants la volonté d'admettre la libre transmissibilité aux héritiers.

On peut en ce sens faire valoir des arguments solides : d'abord il est certain que de son vivant le contractant pouvait céder le contrat à ses futurs héritiers comme à un tiers quelconque. Quoi de plus naturel que d'admettre aussi qu'une telle clause lui permette de léguer sa place dans le contrat et entraîne aussi la libre transmission aux héritiers ? Cette clause de libre cession n'indique-t-elle pas clairement que l'intérêt économique ou moral que recouvrait l'intuitus personæ a disparu ? L'examen de la portée de cette clause selon les différents aspects de l'intuitus personæ semble décisif. Si l'intuitus personæ de confiance visait la garantie d'exécution de l'obligation, la clause de libre cession supprimant au moins pour l'avenir la responsabilité du cédant sur ce point, semble supprimer tout effet de l'intuitus personæ.

Si l'intuitus personæ de confiance visait la qualité d'exécution de l'obligation, la clause de libre

(30) Voyez la suite du raisonnement dans E. Cazagne, *op.cit.*, n^{os} 26 et s.

(31) Duvergier, t.20, n^o 434 ; Guillouard, *Société*, n^o 297 ; Houpin et Bosvieux, t.I, n^{os} 138 et 211. Pont.

cession permettant au contractant (normalement choisi dans ce contrat) de se substituer un tiers dans le lien juridique, permet sans doute aussi la substitution quant à l'exécution même de l'obligation, sinon elle n'aurait guère d'utilité ! L'obligation devient fongible — toute personne peut en devenir débiteur, et toute personne peut l'exécuter. Pourquoi refuser aux héritiers, après le décès du contractant, leur auteur, la possibilité de prendre sa place, puisque de son vivant il aurait pu lui-même se substituer un tiers quelconque, ou même son futur héritier ?

Il est donc infiniment probable qu'une telle clause de libre cession (32) entraîne la libre transmissibilité aux héritiers. Il faudrait des circonstances tout à fait exceptionnelles indiquant une volonté contraire des contractants pour que le juge se refuse à pareille conclusion. Bien que les deux situations soient légèrement différentes, on peut conclure de la clause de libre cession à la libre transmissibilité aux héritiers.

55. C. — Quelquefois la question s'est posée de savoir si la stipulation de continuation du contrat avec les héritiers entraînait la continuation du contrat malgré la déconfiture ou la faillite de l'un des contractants. Mais les deux situations sont fort différentes et les tribunaux ont nettement déclaré qu'on ne pouvait conclure de l'une à l'autre (33).

(32) La question est beaucoup plus délicate quand la cession n'est pas tout à fait libre, quand elle est subordonnée à des conditions d'agrément, de consentement, de non-opposition, etc... car alors l'attenuation de l'intuitus personæ est plus limitée, et l'intérêt que l'intuitus personæ recouvre semble devoir subsister de par la volonté même des contractants qui en assurent la protection.

(33) Voyez la démonstration de ce point dans l'arrêt de Douai, 22 mars 1906, J.S. 1907.73.

56. — II. — D'autres difficultés du même ordre pourraient se présenter, nous semble-t-il. La volonté commune des parties a pu expressément exclure l'intuitus personæ de la formation du contrat et la question se poserait de savoir si, en présence d'une telle volonté, l'attache à la personne devrait nécessairement disparaître ? ou inversement si la volonté de supprimer l'attache à la personne entraîne l'exclusion de tout l'intuitus personæ du contrat, même dans la formation du contrat. Examinons ces deux hypothèses en commençant par la seconde.

A. — La volonté d'exclure l'attache à la personne (fondée sur l'intuitus personæ) a existé et a revêtu les formes requises par la loi. Faut-il en conclure que tout l'intuitus personæ a disparu, que la considération de la personne n'a pas eu une influence déterminante sur le consentement de l'autre contractant ? doit-on alors refuser d'appliquer l'article 1110 alinéa 2 du Code Civil ? l'offre de ce contrat, l'offre comportant la suppression de l'attache à la personne, cesse-t-elle de n'être qu'une offre d'entrer en pourparlers ? La question est théoriquement délicate. Rigoureusement il faudrait interpréter strictement l'exclusion de l'intuitus personæ, admettre que si la volonté a exclu des conséquences importantes de l'intuitus personæ, elle ne les a pas exclues toutes, donc que les autres subsistent — car la suppression de l'attache de la personne n'est pas inéluctablement la suppression de tout l'intuitus personæ, l'attache de la personne n'existant pas toujours en présence de l'intuitus personæ. Mais comment ne pas se rendre compte qu'en fait il est fort probable que la volonté d'exclure l'attache à la personne suppose celle de ne pas tenir compte

d'une façon déterminante de la considération de cette personne quant à la formation même du contrat ? Pour admettre le contraire, il faudrait penser que les parties ont eu quand même la volonté de voir l'article 1110 al. 2 du Code Civil s'appliquer (nous mettons de côté la conséquence de l'intuitus personæ quant à l'offre — car elle présente un intérêt minime), ce qui paraît bien improbable.

57. B. — La question inverse paraît moins délicate à résoudre. La volonté d'exclure l'intuitus personæ dans la formation du contrat — si elle remplit les conditions requises par la loi pour produire ses effets juridiques — nous semble devoir comporter comme corrolaire nécessaire, la suppression de l'attache à la personne. Celle-ci, en effet, repose sur l'intuitus personæ et il semble bien que si l'intuitus personæ a été exclu quant à la formation du contrat, ce dernier a changé de caractère, de nature — de personnel qu'il est normalement, il est devenu impersonnel — il n'a pas comporté le choix du cocontractant, pourquoi ne pas supposer que la volonté des parties a été certainement d'admettre les héritiers de ce contractant ou un tiers quelconque à prendre place de cette personne ? Pour nous l'intuitus personæ comporte toujours un certain rapport de causalité entre la considération de la personne d'un contractant et le consentement de l'autre. Et à cet élément nécessaire de l'intuitus personæ s'ajoute généralement un autre élément : l'attache à la personne. Si l'élément nécessaire n'existe plus, il n'y a plus d'intuitus personæ : l'autre élément qui, en quelque sorte, s'accrochait à cet élément nécessaire, qui y puisait une partie de son fondement, de son principe de vie, disparaît alors nécessairement.

Cette solution s'appuie sur la structure du phénomène de l'intuitus personæ : il nous semble qu'elle s'impose quand il est certain que la volonté d'exclure l'intuitus personæ de la formation du contrat a existé et s'est manifestée conformément à la loi.

58. — Nous avons supposé, jusqu'à présent, que la volonté commune des parties avait été expresse pour l'exclusion d'une ou plusieurs conséquences de l'intuitus personæ — et nous nous sommes demandé si une telle volonté expresse comportait nécessairement l'exclusion des autres conséquences de l'intuitus personæ. Mais est-il nécessaire d'une volonté expresse pour exclure une seule ou plusieurs des conséquences de l'intuitus personæ, ou tout l'intuitus personæ ? une volonté tacite suffit-elle au contraire ?

Le législateur a prévu quelquefois l'exclusion d'une conséquence de l'intuitus personæ : Dans l'article 1868 du Code Civil : « S'il a été *stipulé* qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier. » Dans l'article 1861 aussi, où il exige pour que l'un des associés puisse associer un tiers à la société (relativement à sa part) « le consentement de ses associés ».

A l'article 1763 du Code Civil, la formule est différente : « Celui qui cultive sous la condition d'un partage de fruits avec le bailleur, ne peut ni sous-louer, ni céder, *si la faculté ne lui en a été expressément accordée par le bail* ».

En pratique, la question de savoir si une clause expresse était nécessaire, ou s'il suffisait d'une volonté tacite s'est surtout posée à propos de l'exclusion de la mort comme cause de dissolution de la société. C'est à propos de cette question que nous

allons rappeler la controverse. Il nous sera ensuite plus facile de résoudre le problème en général.

59. — L'article 1865 3° prévoit comme cause de dissolution de la société la mort de l'un des associés. Mais l'article 1868 permet de « stipuler » le contraire. Il semble que pour les auteurs du Code, l'article 1868 prévoit une exception à l'article 1865 3° (34). Aussi la question de savoir si par « stipulé » l'article 1868 exigeait une clause expresse, une stipulation précise, s'est-elle posée. Il semble que l'affirmative ait été soutenue par Laurent (35). Il faudrait une « stipulation » parce qu'il s'agit d'une dérogation au droit commun (la société comporte en principe l'intuitus personæ).

(34) Quelques auteurs, ces dernières années, ont admis — contrairement à ce qui semble être la solution traditionnelle, — que l'article 1868 n'était pas une exception à l'article 1865. Pour eux, les associés ont à exercer une sorte d'option entre 1865 et 1868, ces deux articles devant être placés sur le même plan, puisqu'ils sont la conséquence des deux règles opposées, mais également générales, que contient l'article 1122. En réalité, la clause de survie se rattacherait plus à l'article 1134 qu'à l'un des deux principes posés par l'art. 1122. L'avantage de cette opinion c'est qu'elle permet une interprétation large de la clause quand les associés se seront prononcés pour 1868. Voyez Hémard, note au S. 1908.1.178. E. Cazagne, Th. Paris 1932, n^{os} 13 et s., pages 33 et s. ; n^{os} 26 et s., pages 51 et s. ; n^{os} 84 et s., pages 137 et s. — Cpr. Houpin, t.I, n^o 138. Arthuys, n^o 727. — Contrà. Laurent, t.26. 381 ; Huc, t.9, n^o 177 ; Bedarride, t.I, n^{os} 57 et 57 bis.

Nous avons pris parti sur cette question — mais envisagée d'un point de vue général — dès le début de la présente section.

(35) T.26, n^o 381, p. 391. Laurent dit seulement qu'il faut une « stipulation ». Mais voyez aussi n^{os} 392 et 393. Cpr. l'opinion que cet auteur semble avoir eue sur la question de l'introduction de l'intuitus personæ : *infra*, t. II, chap. II, section II. Voyez aussi Banomyong, Th. Paris, 1927, p. 66. qui tire argument de l'article 41 du Code de commerce.

Mais la quasi-unanimité de la doctrine (36) et la jurisprudence (37) ont admis le contraire. Il est inutile d'une clause expresse, d'une clause dans l'acte de société. Il suffit que la volonté conforme des intéressés ne puisse laisser de place au doute, que l'intention des parties se révèle sans ambiguïté. La clause de continuation peut être tacite et s'induire des circonstances particulières de la cause. Elle peut s'induire notamment de l'objet assigné au pacte social : Ainsi en a-t-il été décidé pour une association en participation ayant comme objet la construction d'une halle moyennant l'adjudication des droits de place pendant vingt-cinq ans, alors que l'un des associés se trouvait avoir dépassé l'âge de soixante-huit ans (38). Pareille volonté de déroger à l'article 1865 résulte aussi de la stipulation insérée aux statuts que la société fondée pour créer une force hydraulique ne devrait pas être exploitée par les associés eux-mêmes, mais par une autre société fondée par l'un d'eux ou vendue à un tiers (39). Il a été jugé aussi, dans le même esprit, que les héritiers de l'associé précédé qui laissent l'associé survivant continuer l'exploitation sans aucun changement, sous la même raison sociale, comme si la

(36) Duvergier, t. 20, n° 434 ; Guillouard, n° 297 ; Baudry Lacantinerie et Wahl, n° 391 ; Houpin, t. I, n° 138 ; Hémard, note au S. 1908.1.177.

(37) Cass. 23 oct. 1906, S. 1908.1.177, note Hémard D.P. 1907.1.43.

Chambéry, 23 mars 1914, D.P. 1915.2.35.

Cass. 24 déc. 1877. S. 78.1.34 (société pour fourniture de gaz pendant un temps déterminé), Amiens, 18 février 1878. S. 78.2.97. Trib. com. Seine, 18 avril 1889. La loi, 8 mai 1889 — c'était admis depuis longtemps pour la société de mines.

(38) Cass. 23 oct. 1906, précité.

(39) Chambéry, 23 mars 1914, D.P. 1915.2.35.

société persistait avec eux, doivent être considérés comme associés et comme tenus des engagements contractés au nom de la société par l'associé survivant (40). Mais il importe de signaler qu'à cette solution, il est une exception : s'il y a des héritiers mineurs, il est admis (41) qu'ils ne peuvent jamais être liés que par une stipulation formelle de continuation faite par leur auteur. En l'absence d'une pareille stipulation, les tribunaux ne pourraient faire résulter la continuation de la société de faits et circonstances, ce pouvoir d'appréciation ne leur appartenant que quand il s'agit d'héritiers majeurs. Mais quand il y a une clause, la minorité ne fait pas obstacle à son application (42). Toute cette jurisprudence est bien établie et la doctrine l'approuve dans ses grandes lignes. On peut donc admettre que la dérogation à l'article 1865-3°, la suppression d'une conséquence de l'intuitus personæ n'exige pas que la volonté commune des parties se soit manifestée par une clause expresse. Elle peut être tacite pourvu qu'elle soit certaine et sans ambiguïté. Cette solution qui est conforme au principe de la liberté des formes corrolaire de celui de l'autonomie de la volonté dans notre droit, a été admise aussi à propos de l'exclusion d'autres conséquences de l'intuitus personæ, notamment pour l'exclusion de la clause

(40) Bordeaux, 18 nov. 1907, S. 1908.1.293.

(41) Cass. 6 janv. 1913, D.P. 1914.1.16. L'arrêt ajoute que la continuation de l'exploitation ne pourrait valoir même comme société de fait. Voyez aussi Cass. 16 mai 1838, S.1838 T. 836. P.1838.2.413 ; 22 mars 1843, S. 1844.1.759, P. 44.2 115 ; 26 juillet 1843, S. 43.1.881, P. 44.1.84. Le 10 janvier 1870 (S. 70.1.157, P. 70.373, D.P. 70.1.60) la Cour de Cassation précise « majeurs et maîtres de leurs droits ». Toute la doctrine admet cette solution, sauf Troplong, t. II, n° 903, pour qui le crédit doit l'emporter sur la faveur de pupillarité.

(42) Cass. 10 mars 1885, D.P. 85.1.441, S. 86.1.410.

de dissolution résultant de la déconfiture, de la faillite ou de la liquidation judiciaire d'un associé (43).

60. — On doit donc admettre — et il n'y a là que l'application des principes généraux de notre droit sur la formation des contrats — que l'exclusion d'une conséquence de l'intuitus personæ — même quand certaines de ces conséquences ou toutes sont expressément prévues par un texte de loi, est réalisée quand la volonté commune des parties a existé en ce sens — que cette volonté soit expresse ou tacite — pourvu alors qu'il n'y ait point place au doute. Pour établir cette volonté tacite, le juge pourra se baser sur toutes les circonstances de la cause ; termes de l'acte, objet, but, et même sur les circonstances personnelles (44) aux parties. Ce qu'il faut c'est que soit certaine la volonté — et la volonté commune des parties — d'exclure l'intuitus personæ du contrat qui le comporte normalement : peu importe la forme qu'elle aura revêtue. Il n'y a là que l'application des principes généraux du droit.

(43) Cass. Req. 8 janv. 1881, D.P. 81.1.244.

Voyez aussi les arrêts d'Orléans, 29 août 1844 et Grenoble, 1894, cités au Répertoire Pratique Sirey, n° 838, p.379. Voyez cependant Douai, 22 mars 1906, J.S. 1907.73, il résulte nettement qu'il appartient aux juges de fond de rechercher dans les faits de la cause la preuve du consentement des associés à rester en société, malgré la faillite de l'un d'eux. Quid si ce consentement est postérieur à la faillite? Peut-être y a-t-il alors société nouvelle. Voyez Poitiers 26 déc. 1892, S. et P. 94.2.297, D.P. 94.2.73.

Voyez Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 430.

(44) Dans le contrat de société, comme la question de l'exclusion de l'intuitus personæ intéresse les tiers, on a voulu quelquefois ne tenir pour valable à leur égard la volonté de continuation de la société que si elle résulte de considérations purement objectives. Voyez E. Cazagne, Th. n° 19, et s. p. 43 et s.

TITRE II

L'INTUITUS PERSONÆ DANS LES CONTRATS NE LE COMPORTANT PAS NORMALEMENT

61. — Ces contrats ce sont évidemment tous ceux qui n'entrent pas dans la catégorie précédente : tous les contrats et obligations dont nous n'avons pas parlé et ceux que nous avons, chemin faisant, exclus de la catégorie opposée. Il semblerait donc que nous n'ayons ici rien à en dire, et qu'il nous suffirait, recherchant les conditions d'existence de l'intuitus personæ, à étudier directement la question de l'introduction de ce caractère de personnalité dans ces contrats et cela quant à sa possibilité et quant à ses conditions. Mais il est certaines hypothèses où l'absence de l'intuitus personæ d'une façon normale a été contestée soit par des auteurs soit par des décisions de justice. A côté des cas en effet où il n'y a certainement pas d'intuitus personæ, tel par exemple celui du contrat de transport de marchandises ou de personnes, il en est où la question a été quelquefois tranchée différemment, notamment pour le bail à loyer, pour la vente même, la transaction et aussi pour certains contrats donnant naissance à des obligations de ne pas faire. Il nous faudra donc envisager ces hypothèses. Alors seulement nous saurons quels sont les cas où l'intuitus personæ

n'existe pas normalement et nous pourrons aborder la question de son introduction dans ces contrats ordinaires.

CHAPITRE PREMIER. — Contrats ne comportant pas normalement l'intuitus personæ.

CHAPITRE II. — Introduction de l'intuitus personæ.

CHAPITRE PREMIER

CONTRATS NE COMPORTANT PAS NORMALEMENT L'INTUITUS PERSONÆ

62. — Nous ne passerons en revue que les cas contestés en consacrant à chacun quelque développement : bail à loyer, vente, transaction, obligation de ne pas se rétablir dans la vente de fonds de commerce.

A. — *Le bail à loyer* : Des divergences se sont fait jour sur le caractère non intuitus personæ du bail à loyer, plus spécialement du bail d'immeuble. Certains arrêts et certains auteurs ont admis l'existence d'une manière normale de l'intuitus personæ dans le bail d'immeuble. La considération de la personne du locataire serait importante pour le bailleur qui le choisirait pour sa solvabilité comme pour sa moralité, et en tenant compte aussi de sa situation de famille : aussi l'offre que le propriétaire fait de louer tel appartement (comprenant tant de pièces et situé à tel endroit) moyennant tel loyer ne serait normalement qu'une offre d'entrer en pourparlers, l'erreur sur la personne du locataire permettrait l'annulation du contrat en vertu de l'article 1110, al. 2 du C. Civ., etc.

Certes la considération de la personne du locataire n'est pas tout à fait indifférente au bailleur, mais faut-il lui attribuer une telle importance ? Le doute vient de la réglementation que le code a fait

du bail à loyer et des observations que suggère l'économie normale de ce contrat. Les articles 1717 et 1742 du C. Civ., en effet, décident formellement que le droit au bail n'est pas attaché à la personne du locataire : l'article 1717 donne au locataire en principe le droit de sous-louer et même de céder son bail à un autre. Et l'article 1742 déclare que « le contrat de louage n'est point résolu par la mort... du preneur ». Et cette absence d'attache à la personne — à la différence de ce qui a lieu pour le bail à ferme auquel ces deux articles sont aussi juridiquement applicables — correspond bien à l'économie normale de ce contrat : cette attache à la personne n'est pas ici critiquable. Ce que le bailleur en effet a normalement en vue en louant son immeuble c'est d'obtenir un certain loyer, un certain prix qui constituera pour lui un revenu. Or le paiement de ce prix, qui peut être fait par toute personne sans qu'en principe le bailleur puisse s'y opposer, est garanti par les meubles dont le locataire est obligé de garnir les lieux loués ou par des sûretés (art. 1752) (1). Le paiement du loyer n'exige pas économiquement l'occupation de l'immeuble par le locataire au même degré que celui du fermage impose la culture des terres au fermier. Il ne semble donc pas, quant à la solvabilité, que la personne du locataire soit d'une considération déterminante, d'une manière normale, du consentement du bailleur. D'ailleurs la jurisprudence, après 1804, avait décidé qu'en l'absence de toute clause particulière, le contrat de bail continuait malgré l'insolvabilité du preneur (2). Il ne semble donc pas qu'il y ait dans ce

(1) Voyez aussi art. 1753 pour le cas de sous-location.

(2) Caen, 23 mai 1857. D.P. 58.2.86.

contrat d'une façon normale un *intuitus personæ* à adhérence patrimoniale.

Mais peut-être des qualités autres que la solvabilité sont en la personne du locataire déterminantes du consentement du bailleur ? par exemple la moralité, la situation de famille ? Certes la persistance de ces qualités ne semble pas devoir être requise dans la personne de l'héritier du preneur (art. 1742), ni dans celle du sous-locataire ou cessionnaire (art. 1717) ; mais l'existence de ces qualités chez le preneur lui-même n'est-elle pas prise en principale considération par le bailleur ? La question est délicate. Il paraît cependant qu'elle doit être tranchée par la négative en principe : la moralité et la situation de famille du locataire n'ont pas l'air capitales pour la réalisation du but que se propose le bailleur : toucher un revenu de son immeuble et récupérer cet immeuble dans le même état à l'expiration du bail. Malgré la moralité au-dessous de la moyenne du locataire, ou son nombre d'enfants élevé, ce but pourra être atteint. Si du scandale ou des détériorations étaient faits dans l'immeuble par le locataire ou une personne dont il dût répondre, le bailleur aurait d'ailleurs le droit de les faire cesser ou de demander la résiliation du bail pour abus de jouissance — de même si ces faits étaient l'œuvre du sous-locataire. Dans tous les cas le but principal du bailleur, essentiellement pécuniaire, serait atteint (3). Peu lui importe la personnalité du locataire d'une façon générale, aussi bien pendant la durée de la location, qu'à l'expiration du bail : à cette époque

(3) L'art. 1760 précise qu'en cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages et intérêts qui ont pu résulter de l'abus.

il a le droit d'exiger que son immeuble lui soit rendu dans l'état où il l'avait donné en jouissance. Nous concluons donc, quant à nous, qu'en principe le bail à loyer ne comporte pas un sentiment de confiance assez intense en la personne du locataire pour le considérer comme normalement intuitus personæ.

63. B. — *La vente* (4) est le contrat que l'on cite généralement comme exemple de convention ne comportant pas normalement l'intuitus personæ. Dans ce contrat, le vendeur n'a en vue que l'obtention d'un certain prix pour la chose qu'il se propose de vendre, l'acheteur l'acquisition de cette chose moyennant paiement du prix. A l'un comme à l'autre la personnalité du cocontractant importe peu. Qu'importe en effet au libraire de vendre tel livre à Pierre ou Paul ? à Pierre ou Paul d'acheter ce livre chez tel libraire ou chez tel autre ? Il y a dans ce contrat considération de la chose et du prix sans aucune place pour la considération d'une personne quelconque ; l'attention des parties se fixe sur les éléments réels, chose et prix. Comment oserait-on soutenir que la considération de la personne de l'acheteur ou du vendeur ait sur le consentement de l'autre partie une influence décisive ? Quel élément déterminant de confiance ou d'affection pourrait-on relever dans une telle opération ? Les obligations de l'acheteur comme celles du vendeur ne passent-elles point à leurs héritiers, en même temps d'ailleurs que leurs droits dans le contrat ? Quel in-

(4) Sur la question de savoir si le pacte de préférence (spécialement en matière de vente) comporte ou non d'une façon normale l'intuitus personæ, voyez Bartet « Le pacte de préférence ». Th. Paris, 1932, p. 82 et s., et les auteurs et la jurisprudence cités.

térêt l'acheteur pourrait-il invoquer pour refuser l'exécution du contrat par une personne autre que le libraire auquel il s'est adressé, par le successeur de ce libraire par exemple ? Et pour quelle raison légitime pourrait-on refuser le paiement immédiat du prix par une autre personne que l'acheteur ? Achetez un journal, un kilogramme de fruits, ou une boîte d'allumettes : on ne vous demandera pas qui vous êtes et vous ne vous renseignerez pas sur la personnalité de votre cocontractant ! Si vous n'avez pas de monnaie pour payer, le commerçant ou le débitant de tabacs ne refusera pas l'argent que lui présentera un de vos amis. Certes nul ne contredirait de telles affirmations. Et pourtant on a soutenu que dans certaines ventes la personnalité des parties prenait une importance capitale, on a même prétendu que l'intuitus personæ existait d'une façon normale dans le contrat de vente.

64. — I. — Dans certaines ventes, la personnalité d'une partie se révèle comme une considération déterminante du consentement de l'autre. Parfois c'est celle de l'acheteur.

Dans *la vente à crédit*, quand il n'est pas prévu de sûretés, c'est bien sa personnalité qui est décisive du consentement du vendeur. Dans cette hypothèse il y a bien intuitus personæ et nous ne le contesterons pas. Mais en réalité, l'opération se décompose en une vente assortie d'un prêt d'argent et c'est cette dernière opération qui comporte l'intuitus personæ (5).

D'autres fois c'est la personnalité du vendeur que vise l'intuitus personæ :

(5) Voyez le n° 36.

Le cédant d'une agence d'affaires n'était pas un homme honorable. Il avait été condamné pénalement. Le cessionnaire qui l'ignorait lors du contrat est admis à demander la nullité pour erreur sur la personne (6).

Ailleurs, il s'agira de l'erreur sur l'honorabilité du cédant d'un office ministériel qui justifiera une demande en réduction (7).

Une autre fois l'erreur sur le nom du vendeur d'un piano donnera à l'acheteur le droit de refuser d'exécuter le contrat (8).

L'erreur sur la qualité de propriétaire (entendez exploitant, producteur) si elle avait été prouvée aurait permis l'annulation d'une vente de cinquante-six hectolitres d'eau-de-vie (9), en vertu de l'art. 1110, al. 2 du C. Civil.

Dans tous ces cas, la chose vendue empruntait une grande partie de sa valeur à une qualité de la personne du vendeur et les tribunaux ont pensé qu'une erreur de l'acheteur sur cette qualité devait permettre à l'article 1110, al. 2 du C. Civil de s'appliquer. Et de ces décisions, il est aisé de tirer la conclusion que dans certaines ventes la considération de la personne du vendeur a une influence décisive sur le consentement de l'acheteur, qu'il y a intuitus personæ quant à la personne du vendeur.

Mais nous ferons remarquer que ces décisions font une application inutile et peut-être erronée de l'erreur sur la personne. Inutile, parce qu'elles au-

(6) Aix, 21 décembre 1870, D.P. 71.2.79.

(7) Caen, 8 mars 1899, S. 1900.2.230. La nullité du contrat était impossible à demander car la nomination avait été faite par le gouvernement.

(8) Amiens, 12 décembre 1895, D.P. 96.2.452.

(9) Cassation, Req. 4 juillet 1888, Pandectes Françaises, 89.1.29.

raient pu se baser sur l'existence d'un dol déterminant dont les juges du fond constataient tous les éléments. Pour obtenir le résultat qu'elles proclamaient, l'article 1116 du code civil aurait pu être utilisé. Et à supposer que dans des hypothèses semblables l'article 1116 ne puisse être invoqué ou ne le soit pas, il semble que l'application de l'article 1110, alinéa 1 (erreur sur la substance de la chose) conviendrait bien mieux que celle de l'alinéa 2 du même article (erreur sur la personne) : la personnalité du vendeur n'intervient dans ces sortes de ventes qu'à travers la considération de la chose : il est donc plus juste de faire appel à l'idée d'erreur sur la substance de la chose qu'à celle d'erreur sur la personne. Dans tous ces cas, il est donc permis de nier l'existence de l'intuitus personæ.

65. — 2. — Mais on a soutenu aussi que le contrat de vente, envisagé en général, comportait l'intuitus personæ (10). Cet intuitus personæ serait aussi relatif à la personne du vendeur, viserait une qualité relative à la personne : la qualité de propriétaire. Et cette opinion paraît plus fondée parce qu'on ne peut alors voir dans l'erreur qui se produirait sur cette qualité une erreur sur la substance de la chose, comme dans les hypothèses précédentes. Voici le raisonnement sur lequel se fonde cette opinion : quand une personne se propose d'acheter une chose déterminée, meuble ou immeuble, ce n'est pas à n'importe qui qu'elle s'adressera dans ce but, ce n'est pas à Pierre ou à Paul. Au contraire, c'est à une personne bien déterminée, le proprié-

(10) M. Josserand, « Les mobiles... », n° 52, p. 65 ; Baudry Lacantinerie et Saignat « La vente », dans leur première édition. Plus tard, ils changèrent d'opinion.

taire actuel de la chose. Cette qualité de propriétaire, qui est bien une qualité de la personne, est déterminante de son consentement au contrat parce qu'elle entendait devenir propriétaire d'un bien et seule telle personne déterminée pouvait lui transférer immédiatement la propriété. Si elle se trompait sur ce point, sur la qualité de propriétaire de la personne, si elle traitait avec un non dominus croyant traiter avec le verus dominus, le but qu'elle se proposait d'atteindre ne se réalisera point : elle aura le droit d'invoquer la nullité de la vente pour erreur sur la personne. La nullité que prévoit l'article 1599 du code civil pour la vente de la chose d'autrui est une nullité pour erreur sur la personne du vendeur, sur la qualité de propriétaire. L'intuitus personæ revêt donc un caractère intensif ; l'on doit comprendre parmi les qualités décisives de la personne, lorsque le contrat a pour objet un corps certain dont il tend à transférer la propriété de l'une des parties à l'autre, la qualité de propriétaire. Et pour étayer ce raisonnement, cette explication de l'article 1599, on s'efforce de démontrer que c'est bien à la notion d'erreur⁽¹¹⁾, plus particulièrement d'erreur sur la personne qu'il faut recourir.

66. — Cette opinion qui attribue à l'intuitus personæ un caractère intensif dans la vente paraît

(11) Certes, l'art. 1599 semble bien rattacher la même sanction de nullité à l'hypothèse où l'acheteur n'ignorait pas que la chose fut à autrui, et doctrine et jurisprudence l'admettent. Mais si cet argument a pu faire changer d'opinion, MM. Baudry-Lacantinerie et Saignat, il n'a pas semblé péremptoire aux autres protagonistes des théories de l'erreur (sur la substance, sur la personne, ou sur la cause), M. Josserand (Les mobiles, n° 52, p. 66) se rallie à la réfutation que fait M. Capitant de cet argument (La Cause, n° 95).

séduisante. Séduisante, elle le paraît par ses résultats comme par le raisonnement sur lequel elle se fonde. Ses résultats semblent importants, on pourrait même les étendre : la nullité pour erreur sur la qualité de propriétaire pourrait être étendue non seulement à tous les contrats comportant transfert de propriété mais aussi à certains qui n'en comportent pas. Il est certain que la qualité de propriétaire paraît souvent déterminante par exemple dans le bail : sans une erreur sur cette qualité on n'aurait pas contracté. Et le raisonnement semble juste : il cadre apparemment avec le mécanisme de l'intuitus personæ : une qualité de la personne détermine le consentement de l'autre partie ! Certes il n'y a pas attache à la personne, les obligations du vendeur passeront à ses héritiers par exemple, mais l'attache à la personne n'est pas une conséquence absolument nécessaire de l'intuitus personæ ! D'ailleurs les héritiers recueilleraient cette qualité de propriétaire au décès de leur auteur !

Mais en réalité ce raisonnement est artificiel et les résultats qu'on prétend rattacher à ce système, notamment le sens de l'article 1599 du code civil, seraient expliqués d'une façon plus rationnelle par d'autres systèmes.

Le raisonnement est artificiel parce qu'il admet que la qualité de propriétaire peut constituer le contenu de l'intuitus personæ. Certes cette conception semble conforme à l'évolution en la matière : à l'origine, l'intuitus personæ visait la personne physique, puis les qualités de la personne, qualités physiques civiles ou morales. Pourquoi ne pas admettre aussi comme qualité de la personne la qualité juridique de propriétaire ? Il nous semble que franchir cette étape hardie, élargir à ce point le contenu de l'intuitus personæ n'est ni bien rationnel ni nécessaire.

Ce n'est pas rationnel parce que cette qualité de propriétaire n'est pas attachée à la personne : elle est essentiellement transmissible, aux héritiers comme aux tiers. C'est même pour acquérir cette qualité que l'acheteur traite. C'est une qualité qui n'est pas inhérente à la personne : il est artificiel d'y voir une qualité susceptible de former le contenu de l'intuitus personæ. N'est-ce pas décolorer ce concept que de vouloir le réduire à viser cette qualité ? Peut-on voir dans la contemplation de cette qualité un sentiment de confiance assez puissant pour agir sur le consentement de l'autre partie ? Ce serait une confiance bien vague, bien pâle que celle qui se transmettrait d'une personne à l'autre ! Il semble que la personne proprement dite et l'intuitus personæ n'ont rien à voir avec la considération de cette qualité de propriétaire. Nous sommes en présence d'une coïncidence superficielle, non d'une réalité profonde. Et ce raisonnement artificiel n'a même pas l'excuse d'être nécessaire. Les résultats qu'il explique peuvent se fonder sur des bases juridiques plus solides. A supposer que l'on puisse et doive ramener la nullité de l'article 1599 à une nullité pour erreur — ce qui n'est pas démontré (12) — il semblerait que l'erreur sur la cause conviendrait mieux (13) que l'erreur

(12) On a songé notamment à ramener la nullité de la vente de la chose d'autrui à la théorie de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution des obligations. Demante et Colmet de Santerre, t.VII, n^{os} 28 et s. ; Baudry-Lacantinerie et Saignat se rallient à ce point de vue dans leur deuxième édition. Mais les objections à cette opinion ne manquent pas. Voyez, par ex. : Josserand, loc.cit.

MM. Planiol, Ripert et Hamel (t.X., n^{os} 45 et 48) y voient une nullité de protection construite par la jurisprudence (sur l'art. 1599). Cpr. Laurent, t.XXIV, n^o 103 et Guillouard, t.I, n^{os} 181 et s.

(13) Capitant, « De la cause », n^o 95.

sur la personne : ce serait plus naturel de considérer l'existence du droit de propriété chez le vendeur comme intégré dans le but voulu par les parties : la nature de l'opération postule en effet cette condition lato sensu. Nous rejeterons donc comme artificielle et inutile l'opinion qui voit dans la vente l'existence d'une façon normale d'un intuitus personæ véritable.

67. — C. — *La transaction ne comporte pas normalement l'intuitus personæ.* Bien qu'elle contienne des sacrifices réciproques des parties, il ne semble pas qu'elle se fasse en général pour des considérations personnelles. Cependant l'opinion inverse a trouvé des partisans dans la doctrine (14). On a prétendu que l'article 2053 du code civil prévoyant « l'erreur dans la personne » en la matière serait inutile s'il ne faisait que répéter l'article 1110 al. 2. Or ce texte de l'article 2053 a l'air plus large que l'art. 1110 al. 2. Il était donc aisé de conclure que les sacrifices réciproques étaient faits normalement en considération des personnes : « On consent à telle personne en vue de mettre fin à une contestation des sacrifices qu'on ne ferait pas pour telle autre personne, vis-à-vis de laquelle on entend user de son droit complet » (15). Si le texte de l'article 2053 avait effectivement ce contenu, il serait sans doute une erreur législative (16). Il n'y a pas en

(14) Laurent, 28, n° 333 ; Duranton, t.X, n° 124, p. 104 ; Beudant, avec la collaboration de G. Lagarde, t.VIII, 1936, p. 74.

(15) Beudant et Lagarde, loc. cit.

(16) Cette erreur serait inverse et celle que le législateur aurait commise pour le bail à ferme (Voinin). Dans ce dernier contrat, en effet, le législateur aurait exclu à tort l'intuitus personæ (art. 1717 et 1742). Dans la transaction au contraire, il l'aurait à tort inclus.

effet dans la transaction, d'une façon normale, un sentiment de confiance ou d'affection, sentiment qui devrait être réciproque ! Bien au contraire, on y découvrirait plutôt, à côté de la haine des procès, la crainte du droit de l'adversaire. Aussi la majorité de la doctrine (17) ne voit-elle dans l'article 2053 qu'une application de l'article 1110 al. 2. En principe, la transaction ne comporte pas l'intuitus personæ.

68. — D. — *L'obligation de ne pas rétablir dans la vente de fonds de commerce.* Parmi les obligations de ne pas faire, s'il en est qui comportent l'intuitus personæ comme nous l'avons vu (18), il en est aussi qui ne comportent pas ce caractère d'une façon normale. Nous n'avons pas à les énumérer ici : elles sont trop nombreuses. Mais il en est une qui a soulevé des difficultés et qu'on considère parfois comme comportant normalement l'intuitus personæ : l'obligation de ne pas se rétablir dans la vente de fonds de commerce. Il importe ici d'exposer la controverse à laquelle cette obligation donne lieu.

Cette obligation qui pèse sur le vendeur soit en vertu du contrat lui-même soit en vertu d'une clause spéciale comporte-t-elle en principe l'intuitus personæ ? On sait les intérêts de cette question : si l'on répond affirmativement, cette obligation ne pèsera plus sur les héritiers au décès du débiteur. De même ce caractère intuitus personæ serait un argument

(17) Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.XXIV, n° 1245, p. 660 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.I, n° 64, p.102 ; Planiol, Ripert et Savatier, t. XI, n° 1599, p.959 ; Colin et Capitant, t.II, n° 963, p. 808 ; Aubry et Rau, t.IV, n° 422, p.670, note 3 ; Accarias, De la transaction, Paris 1863, n° 155.

(18) Voyez supra, n° 40.

pour l'empêcher de peser sur les ayants cause à titre particulier du vendeur.

Et à propos de ces deux points de vue justement, la jurisprudence semble se contredire. En effet, quand il s'agit de décider si l'obligation pèse sur les héritiers du vendeur, elle considère qu'il n'y a pas *intuitus personæ* (19). Au contraire, en présence d'un ayant cause à titre particulier du vendeur elle invoque pour décharger cet ayant cause de l'obligation, en même temps que d'autres arguments, le caractère *intuitus personæ* de l'obligation du vendeur (20).

Cette contradiction évidemment est très critiquable. Il semble que la jurisprudence pourrait l'éviter en refusant de voir de l'*intuitus personæ* en présence d'un ayant cause à titre particulier, puisqu'il n'y a là qu'un argument accessoire et qu'il n'est pas

(19) Voyez notamment : Paris, 18 nov. 1936, D.H. 1937.58 ; S. 1937.2.48 et la note, Lyon, 9 octobre 1935, S. 1936.2.39 et la note H.R. ; Trib. com. Lille, 20 avril 1928, Gaz. Pal. 1928,2,183 ; S. 1928.2.115, note critique H.R. ; Poitiers, 22 juillet 1912. Mon. jud. Lyon, 22 novembre ; Trib. com. St-Etienne, 23 juin 1904, Le Droit, 1^{er} sept. 1904 ; Paris, 21 fév. 1900, D.P. 1900.2.476 ; Trib. com. Seine, La loi, 15 fév. 1895 ; Paris, 19 mai 1849, D.P. 1850.2.51.

Cpr cependant en sens contraire : Montpellier, 21 juil. 1905, D.P. 1907.2.209, et note critique Léon Lacour ; Trib. com. Saint-Etienne, 21 nov. 1895, sous Lyon, 23 juillet 1893, D.P. 97.2.167 ; Civ. rej. 27 juil. 1892, D.P. 92.1.464.

(20) Poitiers, 25 mai 1936, D.H. 1936.355 ; S. 1936.2.197 note H. Rousseau. Cpr. Rouen, 28 nov. 1925, D.P. 1927.2.172 et note critique de M. Lepargneur, S. 1925.2.125, note critique H. Rousseau.

La cour de Rouen considérerait l'obligation de ne pas se rétablir comme un droit réel mobilier. Mais à tort : il s'agit d'une obligation d'abstention. Sur ce point, voy. en plus des notes et des arrêts précités : Amiens 28 fév. 1851, sous Cass. Req. 8 juillet 1851, S. 1851.1.599, P. 51.2.45 ; Paris, 21 janv. 1905, sous Cass. Civ., 27 nov. 1907, S. 1909.1.262.

certain pour elle que l'intuitus personæ existe puisqu'elle le nie expressément dans l'autre hypothèse

Un auteur (21) souhaite au contraire que cette contradiction soit levée en jurisprudence par la reconnaissance dans tous les cas du caractère intuitus personæ de l'obligation de ne pas se rétablir. La présence de l'intuitus personæ se justifierait, pour lui, par deux séries d'arguments : d'une part les conséquences inadmissibles de l'opinion adverse, d'autre part l'analyse de l'opération.

L'opinion qui nie la présence de l'intuitus personæ conduit à des conséquences inacceptables, notamment :

a) elle permet certes de comprendre l'interdiction de fonder une nouvelle maison de commerce, mais non celle d'acquérir un fonds de commerce déjà existant ;

b) si le contrat contenait une interdiction de se rétablir, limitée quant au lieu, illimitée quant au temps, clause parfaitement licite (Nancy 14 nov. 1905, S. 1906.2.166), devrait-on admettre que cette clause s'imposera aux héritiers de celui qui l'a souscrite et aux héritiers de ses héritiers, de génération en génération, indéfiniment ?

c) si le futur héritier du souscripteur de la promesse établit ou acquiert un fonds de commerce du vivant du souscripteur, cet établissement doit en principe être considéré comme licite (sic Trib. com. Saint-Nazaire 8 oct. 1924). Deviendra-t-il illicite plus tard quand l'héritier aura accepté la succession ? Et si l'héritier avait exercé, dès avant la vente du fonds, un commerce similaire ?

(21) M. Henri Rousseau dans ses différentes notes précitées au Sirey.

Et l'analyse de l'opération vient montrer la fausseté de cette thèse et justifier le caractère intuitif personnel de l'obligation de non-concurrence. Le fondement de cette opération en effet (qui est une obligation de ne pas faire), réside dans le fait que la clientèle est dans une mesure plus ou moins large la conséquence de l'activité personnelle du propriétaire du fonds, de ses qualités, de son habileté commerciale. Certes la situation du fonds, la qualité et l'abondance des marchandises sont des éléments importants pour attirer et retenir la clientèle. Mais très souvent l'élément essentiel du fonds c'est la personnalité du propriétaire. Le vendeur d'un fonds de commerce qui cède... la clientèle, cède en réalité quelque chose qu'il ne peut transmettre, au moins partiellement que dans la mesure où il ne continuera pas à exercer son activité. C'est son activité seule qui importe. C'est contre elle seule que l'acquéreur doit se prémunir. L'obligation est intuitif personnel : elle ne passera donc ni aux héritiers du vendeur ni à ses ayants cause à titre particulier.

Cette opinion est discutable. On peut faire des objections à ses deux séries d'arguments :

Les conséquences de la thèse adverse qui seraient inacceptables, sont la plupart du temps paralysées, pour la jurisprudence, par l'absence de préjudice pour l'acquéreur dans les situations spéciales envisagées : l'acquéreur en effet aura généralement eu le temps de s'attacher la clientèle, et ne pourra désormais se plaindre. Nombreux sont les arrêts qui rejettent l'action de l'acquéreur pour cette raison. Un arrêt récent met peut-être d'avantage l'accent sur l'absence de cette condition : l'existence d'un préjudice (22). Il est vrai que l'absence de cette con-

(22) Lyon, 9 oct. 1935, S. 1936.2.39 et note H.R.

dition ne pourra être invoquée pour répondre à une demande de suppression du fonds quand cette mesure sera prévue par une clause formelle ! Mais l'opinion de M. Rousseau est aussi discutable quant à l'analyse qu'elle fait de l'opération. Le but des parties est la transmission du fonds et spécialement de la clientèle. Ce que veut avant tout l'acquéreur, et ce que lui promet le vendeur, c'est que la clientèle du fonds demeurera. Certes, pour la réalisation de ce but, il faut d'abord et généralement (23) que le vendeur ne se rétablisse ni directement ni indirectement, mais il faut aussi que ne s'établissent point, directement ou indirectement, les héritiers du vendeur surtout s'ils portent le même nom que lui et s'ils ont collaboré avec lui auprès de la clientèle dans l'exploitation du fonds (24). L'opinion de M. Rousseau qui décharge ces héritiers proches de l'obligation de non concurrence est sur ce point difficilement acceptable. Elle heurte certainement l'équité (24). On pourrait peut-être y apporter un correctif : s'il y a *intuitus personæ* il semble bien que cet *intuitus personæ* doit comprendre aussi ses héritiers proches : il doit être un *intuitus personæ* collectif, visant plusieurs personnes. Ne serait-il pas naturel d'admettre que les parties entendent norma-

(23) Sur l'influence de la personnalité du vendeur dans les cessions de clientèles en général, voyez l'article de M. Peruchot-Triboulet. *Revue Critique*, 1935.

(24) C'est surtout pour ces héritiers que la jurisprudence déclare l'obligation non *intuitus personæ*. Voyez les arrêts précités. Et la jurisprudence invoque depuis longtemps une raison d'équité : ces héritiers, généralement le fils, quelquefois le conjoint, recueillent dans la succession, ou la communauté, la contrepartie de cette obligation. On comprend alors que l'argument basé sur la liberté du travail, du commerce et de l'industrie qu'invoque généralement l'héritier paraisse ici faible pour la jurisprudence.

lement ainsi l'obligation qu'elles contractent ? Et puis cette qualité de la personne, le nom, qui est un des points d'attache de la clientèle n'est-il pas en quelque sorte transmissible ? ou commun à la personne du vendeur et de ses héritiers ? Personnellement, nous pensons que du point de vue théorique la question de savoir si l'obligation de ne pas se rétablir est ou non *intuitus personæ* est difficile à résoudre. Quand on adopte un point de vue quelconque, on est obligé de faire des concessions. Il nous semble que les tribunaux auront un pouvoir souverain pour dire si cette obligation est ou non *intuitus personæ* par sa nature ou par la volonté des parties. En fait, les solutions auxquelles arrive la jurisprudence sont jugées satisfaisantes dans l'ensemble. Cette jurisprudence n'est pas prête à changer. On peut donc admettre sans grands inconvénients que l'obligation de ne pas se rétablir n'est pas en principe *intuitus personæ*.

CHAPITRE II

L'INTRODUCTION DE L'INTUITUS PERSONÆ DANS UN CONTRAT QUI NE LE COMPORTE PAS NORMALEMENT

SECTION I. — *De la possibilité d'introduire l'intuitus personæ*

69. — Introduire l'intuitus personæ dans un contrat qui ne le comporte pas c'est subordonner la formation du contrat et son maintien à l'existence et à la persistance d'une ou plusieurs qualités de la personne ou des personnes. C'est vouloir que la formation, l'exécution et la dissolution de ce contrat subissent l'empreinte des conséquences de l'intuitus personæ, c'est attacher à la considération de la personne une importance telle que l'erreur sur la personne doive éventuellement y donner ouverture à l'action en nullité, c'est vouloir que la créance ou l'obligation nées du contrat, ne passent point aux héritiers ni aux tiers, que la créance ou le droit ne soit créés ou transmis qu'au profit d'une personne choisie, que l'obligation soit exécutée par une personne déterminée ou tout au moins que son exécution soit garantie par cette personne. Bref, c'est vouloir modeler les effets d'un contrat ordinaire sur ceux des contrats qui comportent l'intuitus personæ. Et une telle convention semble devoir ne soulever que peu d'objections quant à sa validité, étant donné, d'une part, le principe de la liberté des conventions (art. 1134 C. Civ.) et l'application expresse par le législateur lui-même de ce principe à la convention

d'introduction d'une conséquence de l'intuitus personæ (art. 1122), d'autre part, le fait que l'intuitus personæ est consacré par la loi dans certains contrats, donc n'a, a priori, rien d'illicite ou d'immoral, rien de contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Le principe de la liberté des conventions valide en principe la stipulation d'introduction de l'intuitus personæ dans un contrat ordinaire. D'une manière générale, en effet, l'intuitus personæ est une limitation de l'engagement à une certaine personne déterminée ; s'il s'agit d'une obligation, l'intuitus personæ imposera pour son exécution, ou tout au moins pour la garantie de son exécution, une personne déterminée ; s'il s'agit d'une créance ou d'un droit l'intuitus personæ en réservera le bénéfice à la personne choisie. Or l'on est essentiellement libre en principe, dans notre civilisation moderne, de contracter ou non, de promettre ou de ne pas le faire, de stipuler ou non. A fortiori il est logique que l'on puisse limiter son engagement à certaines conditions et à certaines personnes déterminées, puisque l'on est libre de ne pas s'engager du tout. D'ailleurs le législateur lui-même indique une manifestation de ce principe de la liberté des conventions à propos de la transmissibilité des liens juridiques aux héritiers et ayants cause. On peut donc par convention limiter le lien juridique à une personne déterminée à l'exclusion de ses héritiers et ayants cause.

On peut aussi semble-t-il dans notre droit français, limiter le lien juridique à une personne déterminée à l'exclusion des tiers. On peut d'abord par contrat, créer pour le créancier un intérêt à refuser le paiement d'une personne autre que le débiteur. Il semble que l'article 1237 du code civil vise la pro-

tection d'intérêts privés, donc d'intérêts qu'en principe la convention peut librement créer. On peut aussi valablement stipuler l'incessibilité du lien juridique aux tiers et cela pour la durée de la vie du titulaire du lien, c'est-à-dire d'après la jurisprudence (1) d'une façon perpétuelle ; mais cela n'est-il pas contraire à l'ordre public, au principe de libre circulation, de libre disposition des biens ? la créance est un élément actif du patrimoine et l'on songe a priori en la comparant à la propriété, à appliquer le principe de l'interdiction des clauses d'inaliénabilité perpétuelle (2). Mais une telle objection n'est pas pertinente : la comparaison avec la propriété étant inadmissible. La propriété en effet présente un caractère absolu : elle porte plein pouvoir sur la chose ; il est de la nature de ce droit d'être essentiellement transmissible : le déclarer inaliénable d'une façon perpétuelle par convention ce serait créer une sorte de droit mixte que la loi ne connaît pas et qui serait inconciliable avec les besoins du commerce et le but économique des objets susceptibles d'échange. Tandis que l'obligation lato sensu n'a pas le caractère absolu de la propriété, elle trouve sa mesure dans les conventions des parties (3). Aussi la jurisprudence valide-t-elle la clause d'inaliénabilité perpétuelle s'appliquant à une créance, telle une rente viagère (4). On peut donc en principe intro-

(1) Cass. 19 mars 1877, D. 79.1.455, S. 72.1.203.

Cass. 24 janvier 1899, D. 1900.1.533.

(2) Voyez sur ce principe posé : Cass. 9 mars 1877, D. 79.1.455, S. 72.1.203. Cass. 20 mai 1879, D. 79.1.431, S. 80.114 Cass. 8 nov. 1897, D. 98.1.48. Cpr. Paris, 23 juin 1892, D. 92.2.379.

Voyez cependant un cas exceptionnel : Trib. de Baugé, 20 fév. 1867, S. 68.2.56.

(3) Saleilles, Théorie de l'obligation n° 85, p. 77.

(4) Paris, 5 avril 1905, D.P. 1905.2.225, S. 1905.2.297. Contra. Besançon, 27 déc. 1905. D.P. 1906.2.218.

duire dans l'obligation lato sensu la conséquence de l'intuitus personæ consistant en l'intransmissibilité du lien juridique au tiers. Le législateur d'ailleurs ici aussi, consacre expressément une application de ce principe dans l'article 1717 du code civil à propos du bail. Ainsi la convention peut limiter les effets à une personne déterminée, à l'exclusion de ses héritiers et des tiers. On peut introduire l'intuitus personæ en principe dans un contrat qui ne le comporte pas normalement. Et cela est tout à fait logique puisque les effets de l'intuitus personæ sont consacrés par la loi dans certains contrats donc n'ont a priori rien de contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Et les mêmes principes valident l'introduction d'un intuitus personæ spécial dans les contrats qui comportent déjà l'intuitus personæ ; c'est-à-dire l'adjonction, aux qualités normalement déterminantes de la personne dans ces contrats, d'autres qualités qui joueront un rôle identique, c'est-à-dire dont l'existence et la persistance seront nécessaires pour que le contrat se forme valablement et pour que son exécution reste possible telle qu'elle aura été prévue. Ainsi la règle générale doit être qu'il est permis d'introduire l'intuitus personæ dans un contrat qui ne le comporte pas normalement, et l'intuitus personæ spécial dans un contrat qui déjà est normalement conclu intuitu personæ.

Mais si tel est le principe, il est cependant des cas où l'introduction de l'intuitus personæ général ou spécial semble ou a semblé devoir comporter des limitations. Il est des cas en effet où l'un des contractants, fournisseur de services ou de produits a l'obligation de contracter avec toute personne qui se présentera. Comment pourrait-on admettre comme valable sa prétention de choisir ses cocontractants ? D'autre part l'introduction d'un intuitus personæ

spécial dans un contrat normalement intuitus personæ va trouver un obstacle sans doute dans les contrats du droit des personnes, mariage et adoption. Il se peut même que l'introduction d'un intuitus personæ spécial dans un contrat empreint d'intuitus personæ ou l'introduction d'un intuitus personæ ayant un certain contenu dans un contrat ordinaire vont se heurter à des limitations reposant sur un intérêt public. Nous visons l'introduction de certaines qualités telles la nationalité, la religion, la qualité de célibataire, celle de personne sans enfant, etc. (5).

Enfin s'il est licite de stipuler en principe que telle personne devra exécuter l'obligation qu'elle a contractée on peut se demander si dans certains cas cette stipulation ne va pas être une atteinte au principe de la libération. Nous consacrerons un paragraphe spécial à chacune de ces questions.

70. — A. — Il se peut d'abord, avons-nous dit, qu'il y ait pour l'une des parties obligation de contracter, c'est notamment le cas du fournisseur de denrées ou services qui jouit d'un monopole de droit ou de fait, par exemple un officier ministériel, une compagnie d'autobus ayant un monopole ou un consortium détenant seul certains produits nécessaires. Dans tous ces cas et autres analogues l'obligation pour ces personnes de contracter leur enlève la possibilité de choisir leurs cocontractants : obligées de contracter avec tout le monde, elles sont tenues d'agréer comme autre partie au contrat toute personne qui remplit les conditions

(5) L'obligation de contracter avec la personne qui se présentera peut résulter par ex. pour le contractant de l'offre qu'il a faite au public et qu'il n'a pas encore révoquée valablement.

exigées (6), comme d'ailleurs de leur accorder un traitement égal. Souvent les textes sont formels à ce sujet (7). En refusant de traiter avec la personne qui se présente pour ce dans les conditions réglementaires les monopoleurs causeraient un préjudice qu'ils devraient réparer conformément à l'article 1382 du code civil. Des condamnations à dommages et intérêts sont intervenues pour sanctionner ce devoir essentiel du monopoleur (8) ; quelquefois des circonstances tenant à la personne ou au fait du candidat au contrat font fléchir cette obligation du monopoleur. Par exemple en matière de transport de personne l'article 81 du décret du 11 novembre 1917 interdit l'entrée des voitures de chemin de fer 1° à toute personne en état d'ivresse ; 2° à tous « individus porteurs d'armes à feu chargées ou d'objets qui, par leur nature, leur volume ou leur odeur, pourraient gêner ou incommoder les voyageurs » ; de plus ce décret permet d'exclure des compartiments affectés au public les « personnes atteintes visiblement ou notoirement de maladies dont la contagion serait à redouter pour les voyageurs » (9). Il y a ici en quelque sorte un *intuitus personæ noxiæ* (10), (considération de la personne nocive) dans l'intérêt

(6) Si les conditions n'étaient pas remplies, le refus de contracter n'entraînerait pas l'allocation de dommages et intérêts car il reposerait sur un motif légitime, de même que si ce refus était « causé » par la force majeure.

(7) Par ex. pour les compagnies de chemin de fer, décret du 11 nov. 1917, art. 69 ; cahier des charges, art. 49, al. 1.

(8) Pour des concessionnaires de transport, voyez par ex. : Cass. 21 avril 1857, D.P. 1857.1.176, S. 1858.1.76. Cass. 5 mars 1873, D.P. 73.1.230. Nîmes, 6 août 1875, D.P. 1877.2.78, S. 77.2.270. Cpr. C. d'Etat, 10 déc. 1897, D.P. 99.3.29.

(9) Cpr. Jossierand « Les transports » dans la collection Thaller, n° 816, p. 842 et note 1.

(10) Voyez le sens de cette expression dans la thèse de M. Jeandel « L'intuitus personæ dans les sociétés », Nancy 1932.

de l'exploitation du monopoleur comme des autres contractants et cet intuitus personæ repose sur des règlements ou des usages.

71. — B. — Quid de l'introduction d'un intuitus personæ spécial dans le contrat ?

Si le principe de la liberté contractuelle permet d'ajouter aux qualités de la personne normalement déterminantes du consentement lors de la formation du contrat et dont la persistance sera une condition du maintien du contrat d'autres qualités qui auront la même importance, il semble néanmoins que des limitations s'imposent (11).

I. — Dans les contrats du droit de famille, mariage et adoption, il est d'abord certain que la convention qui subordonnerait le maintien de ces contrats à la persistance d'une qualité chez l'une des parties serait contraire à l'ordre public. Les causes de dissolution de ces contrats sont en effet strictement limitées par la loi : la solidité du lien juridique qu'ils créent n'est qu'un aspect de la stabilité de la famille et de l'état des personnes. L'intérêt public protège cette stabilité, exige ici la suppression de la liberté contractuelle.

Reste à se demander si l'on peut ajouter d'autres qualités à celles normalement déterminantes du consentement, de sorte que l'absence de ces qualités lors de la formation du contrat en permettrait l'annulation pour erreur dans la personne ? à cette question la réponse semble devoir être la même. Si le contenu normal de l'intuitus personæ dans le mariage est difficile à déterminer, il paraît cependant

(11) La question se pose dans les mêmes termes pour l'introduction d'un intuitus personæ ayant ces qualités comme contenu dans un contrat qui normalement ne comporte point l'intuitus personæ.

qu'on ne puisse par convention le modifier. Certes, en fait, le consentement d'une partie au contrat peut être déterminé plus spécialement par telle ou telle qualité de l'autre. Mais il ne semble pas qu'en droit ce phénomène puisse produire un effet quelconque. Ce serait sans doute modifier la substance et l'esprit de ces actes que de permettre de projeter dans leurs conditions de formation la condition de l'existence de telle ou telle qualité spéciale de la personne. La seule difficulté en la matière est dans la détermination du contenu exact de l'intuitus personæ dans ces actes — question qui sera étudiée à propos de l'erreur sur la personne dans notre deuxième partie.

II. — Mais la liberté contractuelle retrouve son application dans les autres contrats et elle peut très bien s'y manifester par l'exigence, pour la formation du contrat déjà intuitus personæ et son maintien, de qualités de la personne autres que celles normalement décisives. C'est ainsi que l'on peut exiger de son cocontractant des qualités de nationalité, religion, politique, celle de non syndiqué pour un ouvrier, celle de célibataire pour un locataire (quand le bail est déjà intuitus personæ), celle de non mutilé de guerre pour un travailleur manuel, etc. Mais cette liberté trouve des limitations importantes dans le principe que nul ne peut nuire à autrui, principe consacré dans notre droit positif par les articles 1382 et suivants du code civil. Il se peut d'abord que le contractant en exigeant de telles qualités commette une faute qui sera une source de préjudice pour autrui : en exigeant telle qualité, celle de non syndiqué par exemple, l'employeur avait pour mobile non un intérêt professionnel, mais le désir de nuire au syndicat.

D'autres fois l'usage de telles clauses pourrait

se généraliser au point d'empêcher une catégorie de citoyens de satisfaire un besoin nécessaire à la vie : c'est le cas où cette pratique est déterminée par un mot d'ordre, une coalition. Nous retombons alors dans le cas du monopoleur détenant seul certains produits ou services nécessaires à la vie, cas déjà étudié. Dans tous ces cas et autres analogues, la liberté contractuelle, plus particulièrement ici la liberté d'introduction d'un *intuitus personæ* spécial, vient se heurter à la notion d'ordre public et à ses conséquences et se trouve paralysée.

72. C. — Si en principe on peut stipuler que l'exécution de l'obligation devra être l'œuvre personnelle du débiteur choisi, quand la nature de la prestation ne comporte pas cette condition, de façon à entrer dans l'hypothèse prévue par l'article 1237 du Code Civil, cela n'est toutefois vrai, pour certains auteurs du moins, que pour l'obligation de faire. Pour l'obligation de donner (12), en effet, la stipulation établissant la nécessité qu'elle fût exécutée par la personne même du débiteur serait contraire à un intérêt d'ordre public : la faveur de la libération. Telle est l'opinion de Huc (13) adoptée par Baudry-Lacantinerie et Barde (14) avec une réserve cependant pour le cas où une preuve positive

(12) Il s'agit ici en quelque sorte d'introduire l'*intuitus personæ* relatif à la qualité de l'exécution dans les obligations de donner qui normalement nous le savons ne comportent que l'*intuitus personæ* relatif à la garantie de réalisation effective de l'exécution. Concevoir que la qualité de l'exécution peut varier dans les obligations de donner est facile si l'on juge que des intérêts moraux peuvent être en jeu, que le créancier peut avoir un intérêt moral à ce que l'exécution effective de la prestation soit accomplie par le débiteur qu'il a choisi.

(13) T. VIII, p. 21 N° 11.

(14) T. II, N° 1406, p. 509.

serait rapportée de l'intérêt pour le créancier à voir l'obligation de donner exécutée par le débiteur en personne.

Seuls parmi les auteurs relativement récents Huc, Baudry-Lacantinerie et Barde soulèvent cette difficulté. La majorité de la doctrine la passe sous silence, se bornant à signaler l'applicabilité de l'article 1237 aux obligations de donner (15), malgré les termes restrictifs de ce texte (« obligation de faire ») et la possibilité de stipuler qu'un travail commun devra être exécuté par le débiteur lui-même, comme cela était déjà admis en droit romain (16). L'opinion de Huc et Baudry-Lacantinerie nous semble critiquable. Ils font une distinction entre obligation de donner et obligation de faire sans la justifier suffisamment ; ils semblent oublier que la stipulation d'exécution de l'obligation de donner par le débiteur lui-même peut reposer sur un intérêt moral (17). On peut remarquer aussi que l'accord entre débiteur et créancier pour refuser le paiement par un tiers est parfaitement valable quand il est réalisé au moment où le tiers fait ses offres ; on ne voit pas très bien* pourquoi, avant l'échéance, le créancier ne pourrait prendre cet engagement de refuser le paiement d'un tiers. Le créancier pourrait, avant l'échéance, renoncer au paiement total et il ne lui serait pas permis de renoncer

(15) Voyez Paris 13 mai 1814, S. 1814.2.388, et Aubry et Rau, T. IV § 316, p. 245, note 5.

(16) L. 31, D. 46.3. De Solut. « et si hoc specialiter actum sit ».

(17) Si le débiteur n'exécute pas en personne il y aura non-satisfaction de cet intérêt moral, que par le contrat voulait satisfaire le futur créancier. Il y aura un dommage moral et possibilité de dommages et intérêts. Voyez Planiol, T. II, N° 252, p. 100, et la bibliographie citée.

à obtenir son paiement d'un tiers quelconque pour la raison que ce serait contraire à l'intérêt de la libération, le débiteur n'étant pas alors libéré comme en cas de renonciation au paiement total. Le débiteur n'a-t-il pas accepté librement cette restriction à sa liberté ? (article 1134). D'ailleurs, et il nous semble que c'est là un argument péremptoire, la liberté du débiteur n'est pas atteinte par une telle convention. S'il y a atteinte à la faveur de la libération, cette atteinte est légale : elle est la même que celle qui résulte de la stipulation qu'un travail commun devra être exécuté par une personne déterminée. En stipulant que le débiteur devra exécuter en personne l'obligation de donner on crée une obligation non fongible, c'est-à-dire une obligation dont l'exécution nécessite l'intervention personnelle du débiteur ; et nous pensons que cette hypothèse pourrait se voir appliquer le principe à la base de l'article 1142 du Code Civil : « *nemo potest cogi ad factum* ». La liberté du débiteur ne sera pas violée (18). Nous concluons donc à la validité en principe de la stipulation.

(18) Et il en serait ainsi alors même qu'une astreinte serait prononcée (elle nous semble possible en l'hypothèse, comme au cas de stipulation qu'un travail, commun par sa nature, sera exécuté par une personne déterminée).

SECTION II. — Conditions d'introduction de l'intuitus personæ

73. — On peut en principe introduire l'intuitus personæ dans un contrat qui ne le comporte pas normalement. Reste à se demander à quelles conditions les parties réaliseront ce désir qu'elles peuvent avoir et que la liberté contractuelle leur permet de satisfaire. Il semble, a priori, que la question ne fasse point difficulté dans notre droit français. L'autonomie de la volonté qui régit le domaine des contrats et dont découle la liberté contractuelle a pour conséquence aussi le principe de la liberté des formes. A priori ce principe devra s'appliquer à l'introduction de l'intuitus personæ qui n'est qu'une simple modification du contenu du contrat, du « champ contractuel », et du contenu des créances et obligations, modification limitant à une personne déterminée en raison d'une ou plusieurs de ses qualités les effets du lien juridique. Il semble donc qu'il doit suffire d'une volonté commune des parties sur ce point (19), quelque soit

(19) La question de l'introduction de l'intuitus personæ dans un contrat qui ne le comporte pas se présente généralement au moment de la formation même de ce contrat. Mais il est possible d'introduire l'intuitus personæ dans un contrat déjà formé, ayant déjà produit des effets, de rendre personnelles les obligations et créances après leur naissance. L'introduction de l'intuitus personæ consiste alors simplement à stipuler l'attache à la personne du lien juridique déjà formé. Les conditions d'introduction sont évidemment les mêmes : il faut une volonté commune des parties.

la forme dans laquelle elle sera manifestée. Expresse ou tacite la volonté commune des parties d'introduire l'intuitus personæ dans le contrat, c'est-à-dire de subordonner la formation et le maintien du contrat, des liens juridiques, à l'existence et à la persistance chez l'une des parties ou chez les deux d'une ou plusieurs qualités de la personne, est nécessaire et suffisante. Les volontés internes des parties ont englobé ce point et elles se sont manifestées au dehors, elles ont été échangées, elles se sont connues. L'intuitus personæ est intégré dans le contrat, et il semble qu'il n'y ait plus de difficulté pour son existence. Mais deux séries de difficultés se présentent alors : comment sera prouvée l'existence de l'intuitus personæ, c'est-à-dire de la volonté commune de l'introduire dans le contrat qui ne le comportait pas normalement ? et quand son existence sera établie, que sa présence sera reconnue par toutes les parties, quelle sera la portée de cet intuitus personæ, quel sera son rayonnement, ses conséquences ? La preuve de la volonté commune des parties d'introduire l'intuitus personæ semble devoir se faire comme la preuve de toute volonté commune délimitant la portée de l'engagement. Pourquoi ici ferait-on exception ? Quant à la portée, à l'intensité de l'intuitus personæ introduit dans le contrat, cette question dépend directement de la volonté commune des parties. C'est par interprétation de cette volonté que se fera la détermination des conséquences touchant à l'intuitus personæ introduit dans le contrat.

Il semblerait donc qu'un simple renvoi aux principes généraux régissant la formation et l'interprétation des contrats suffirait ici. Surtout que s'agissant d'une question de fait essentiellement, les juges du fond auront un pouvoir souverain, et ils

ne seront pas obligés de suivre des règles que tracerait la doctrine. Mais si l'on envisage en pratique les différents cas où ces questions d'introduction et de portée de l'intuitus personæ se sont posées on se rend compte que de nombreuses difficultés sont apparues. C'est qu'en réalité le phénomène de l'intuitus personæ est complexe : il a de multiples conséquences, il est très nuancé selon les espèces, comme tout phénomène relevant de la psychologie. Et quand ce phénomène psychologique à aspects multiples est projeté par la volonté commune dans le domaine du droit, il pose généralement un problème d'interprétation très délicat. Car la volonté n'est pas toujours expresse, et quand elle l'est, elle ne l'est pas pour toutes les conséquences de l'intuitus personæ. C'est à l'examen de quelques-unes de ces difficultés, que la pratique ou la doctrine ont soulevées, que sont consacrés les développements qui suivent et c'est à propos de ces difficultés que les conditions d'introduction apparaîtront.

I. — Quelquefois une clause prévoit expressément l'introduction d'une conséquence de l'intuitus personæ, la question se pose de savoir si les autres conséquences doivent être considérées comme voulues aussi ; cette difficulté se présente sous plusieurs aspects.

74. A. — Une clause prévoit expressément que le contrat cessera de produire effet à la mort de l'une des parties, bref qu'il est dérogé au principe posé par les articles 1122, 724, du Code Civil. Il y a introduction d'une conséquence de l'intuitus personæ. Les autres conséquences, par exemple l'interdiction de la cession du contrat à des tiers, doivent-elles être considérées comme établies ? En principe il faut répondre non, car les deux situa-

tions sont différentes : exclure les héritiers de l'un des contractants ce n'est pas nécessairement exclure les tiers, l'autre partie se trouvera en face des héritiers seulement. Quand au contraire l'un des contractants cède à un tiers son contrat, il demeure garant de la bonne exécution de ce contrat par ce tiers. La situation de l'autre contractant, on le voit, n'est pas la même dans les deux cas. D'ailleurs la clause prévue est une dérogation au droit commun, elle doit donc s'interpréter restrictivement.

75. B. — D'autres fois une clause stipule l'interdiction de cession du contrat à un tiers. Peut-on voir dans cette clause une introduction complète de l'intuitus personæ ? le contrat ne passera-t-il pas aux héritiers ? Certains ont admis que le contrat ne passait pas aux héritiers. De son vivant le défunt ne pourrait en présence de cette clause céder son contrat à ses futurs héritiers. Ce que le défunt ne pouvait faire par sa volonté de son vivant, sa mort seule n'est pas susceptible de le réaliser. En insérant la clause les contractants n'ont pas voulu avoir affaire après coup, après la formation du contrat, à des tiers ; n'est-il pas juste de supposer qu'ils ont par là-même voulu exclure les héritiers de chacun peut-être inconnus le jour du contrat ?

Il est cependant difficile de l'admettre. Les parties ont prévu une dérogation au droit commun. Il faut l'interpréter restrictivement. Ils ont exclu les tiers, peut-être avaient-ils de bonnes raisons de ne pas exclure les héritiers, peut-être ne l'ont-ils pas voulu.

76. C. — Une clause nous semble à elle seule introduire tout l'intuitus personæ : c'est celle qui stipulerait l'exécution personnelle de l'obligation

par la personne du débiteur choisi ou la jouissance personnelle du droit par le créancier choisi. Alors il serait certain que le contrat ne passerait point aux héritiers de la personne choisie car seule elle avait les qualités nécessaires, aux yeux du créancier, à l'exécution du travail, ou seule elle avait le droit de jouir du droit. Il semble aussi que, dans ce cas, le contrat ne soit point cessible aux tiers par cette personne. C'est certain si la stipulation prévoit que le créancier pourra seul exercer le droit. C'est tout à fait probable quand il s'agit d'un intuitus personæ visant la qualité de l'exécution de l'obligation : seule cette personne choisie pouvait exécuter l'obligation, les tiers ne le peuvent certainement pas (l'article 1237 protégerait le créancier). A quoi servirait donc la cession de son contrat par le débiteur puisqu'il devrait lui-même en personne, malgré cette cession, exécuter l'obligation ? Mais dans ce cas s'il y a certainement intuitus personæ cet intuitus personæ ne postule pas nécessairement l'interdiction de la cession : en effet pour que le besoin économique ou moral que recouvre dans ce cas l'intuitus personæ soit satisfait, il suffit que ce soit le débiteur qui exécute le travail, peu importe qu'il cède ou non son contrat. On pourra cependant souvent admettre que la volonté tacite des parties a été dans ce cas d'interdire la cession aux tiers. Mais comme nous sommes en présence d'une dérogation à interpréter strictement, (si par exemple le contractant spécialement choisi avait un intérêt à céder son contrat), il faut admettre dans le doute absolu qu'il pourrait le faire à condition d'exécuter quand même en personne l'obligation.

Mais l'intuitus personæ est, malgré cette réserve, introduit tout entier par la clause que nous visons : c'est la ou les qualités de la personne du

débiteur qui ont déterminé le consentement du créancier et le contrat est subordonné au maintien de cette ou ces qualités.

77. II. — D'autres fois la difficulté prend un autre aspect plus délicat : il est certain que dans la volonté commune des parties le contrat a été conclu en considération d'une qualité de l'un des contractants et la question se pose de savoir s'il faut admettre que la persistance de cette qualité était une condition essentielle au maintien du contrat, en l'absence d'une volonté expresse des parties sur ce dernier point. Sur cette question qu'ils envisagent seulement à propos du bail à loyer les auteurs sont divisés. La question est délicate parce que le principe de l'article 1122 est ici affirmé plus nettement, plus catégoriquement par l'article 1742 du Code Civil. Voici les opinions qui se sont fait jour à propos de cette question spéciale :

Pour Laurent (20) la mort du preneur met fin au bail lorsque, d'après les circonstances, le bail apparaissait comme ayant été déterminé par la considération de la personne du preneur. Et il cite à l'appui de son opinion un arrêt de la Cour de Bruxelles du 2 décembre 1835 (21).

La majorité de la doctrine est en sens contraire (22). Baudry-Lacantinerie et Wahl, par exemple, sont formels : « l'article 1742 s'exprime dans les termes les plus généraux, aussi faut-il l'appliquer à toutes les hypothèses. Le bail ne se termine donc pas par le décès du preneur, même si la location est faite en considération de la personne du

(20) Principes de droit civil, T. XX, N° 319.

(21) Pasirisie 1835.2.349.

(22) Guillouard, Louage, I, N°s 350 et 351 ; Huc, X, N° 340 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, N°s 1262 et 1263 ; Planiol, Ripert et B. Perreau, T. X, N° 629, p. 796.

preneur, par exemple pour l'exercice de sa profession ». Et ils donnent des exemples, notamment deux qui se sont présentés en pratique : bail d'une voiture et des chevaux à un médecin (23), chasse (24).

MM. Planiol, Ripert et Perreau sont de cet avis. Ils exigent même une stipulation expresse. Voici leurs propres développements jugeant la solution adoptée par Laurent :

« Cette solution qui pourrait se concilier avec la disposition de l'article 1122, se heurte au texte impératif [1] de l'article 1742. En maintenant le bail malgré le décès de l'un quelconque des contractants le législateur a voulu sans doute prévenir les procès que pourrait faire naître la recherche de leurs intentions 2. Dans l'état actuel du droit il faut pour y déroger une stipulation expresse. »

« 2 Guillouard n^{os} 350 et 351. »

Ainsi pour introduire l'intuitus personæ dans le bail, ce qui implique une dérogation à l'article 1742, il faudrait une stipulation expresse.

M. Voirin (25), étudiant d'un point de vue plus général le problème de l'introduction de l'intuitus personæ dans le bail, arrive à des conclusions à peu près analogues :

« Pour introduire l'intuitus personæ dans l'obligation du bailleur, il est indispensable d'écarter l'obstacle élevé par ces textes (les articles 1717 et 1742 du Code Civil) ; et pour y parvenir il ne sau-

(23) Paris, 14 avril 1869, D.P. 74.5.230 (Simon C. Goblet).

(24) Gand, 8 mars 1875, Pasicrisie 75.2.155.

(25) Note au D.P. 1928.2.196.

rait suffire d'une volonté tacite qu'on induirait des circonstances, mais il faut une déclaration expresse par laquelle les parties extériorisent dans le contrat leur intention de déroger au caractère légalement impersonnel du bail, en fixant le droit au bail à la personne du preneur (clause prohibitive ou restrictive des cessions de bail et sous-locations, et éventuellement clause de résiliation au cas de décès ou même de faillite du preneur. »

Et cette conclusion il la base sur deux arguments :

1° La présomption d'intuitus personæ, cependant très forte, qui s'attache à la nature de la chose louée (M. Voirin a en vue le bail à ferme) est dans notre droit positif annihilée par les articles 1717 et 1742. Comment admettre que de simples circonstances de fait extrinsèques, à coup sûr beaucoup plus fuyantes et moins significatives, aient la puissance de déroger à ces textes ?

2° Les articles 1717 et 1742 relèvent du « droit dispositif » dont la teneur ne peut, selon M. Géný, être tenu en échec que par une déclaration assez nette pour y substituer clairement le vouloir des intéressés (science et technique, t. III, 1921, p. 344).

Cette solution, exiger une « stipulation formelle » ou une « déclaration expresse » pour déroger à l'article 1742 rejoint l'opinion de « l'école de l'Exégèse » sur la dérogation à l'article 1122 du Code Civil (en dehors du cas où cette dérogation résulterait de la nature du contrat). Les auteurs qu'on a groupés sous cette étiquette « l'école de l'Exégèse » exigeaient en effet pour qu'une dérogation soit apportée au droit commun de l'article 1122 (dont l'article 1742 n'est qu'une application) une clause qui fut « exprimée en termes clairs et for-

mels » (26). Et trois arguments étaient mis en avant pour défendre cette solution (27) :

a) C'est une solution exceptionnelle.

b) Argument de texte, tiré de l'article 1122 « à moins que le contraire ne soit exprimé ».

c) Enfin un argument de bon sens et basé sur une remarque déjà formulée par Ulpien :

« Plerumque persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur cum quo pactum factum est. »

Si la convention porte le nom des personnes c'est généralement pour savoir entre qui elle est passée et non pour la rendre personnelle. Pour cela, il faut plus, il faut une déclaration formelle de volonté.

Malgré cette quasi-unanimité d'auteurs, de toutes les écoles juridiques, malgré ce nombre imposant et varié d'arguments, nous nous demandons si les formules employées ne dépassent pas leur pensée. Est-il bien nécessaire d'une « stipulation expresse », d'une « déclaration expresse », pour introduire l'intuitus personæ dans un contrat qui ne le comporte pas normalement ? Les auteurs ne veulent-ils pas dire seulement par ces expressions qu'il faut que la volonté commune d'introduire l'intuitus personæ soit certaine ? Certes, pour cela, il ne suf-

(26) Demolombe 24, N° 265 ; Duranton 10, N° 258, p. 263 ; Colmet de Santerre 5, N° 34 bis, 7 ; Larombière 1, sur l'article 1122 N° 5.

Ici aussi Laurent se rangeait à cette solution, T. XVI. N° 5, p. 9 et 10.

Voyez aussi : Bufnoir, 56^e leçon, p. 755, Baudry et Barde 1.215.

(27) L. 7 et 8, ff de pactis.

fit pas qu'il soit certain que le contrat a été fait en considération d'une qualité de la personne, il faut encore la volonté et la volonté commune des parties de subordonner le maintien du contrat à la persistance de cette qualité. Mais pourquoi exiger que cette dernière volonté ne puisse être établie que par une déclaration formelle ? Est-ce qu'une volonté tacite sur ce point ne peut être aussi certaine qu'une volonté expresse ? Quand le législateur a établi des règles supplétives de la volonté des parties comme l'article 1742 il a voulu prévoir le cas où la volonté contraire des parties n'aurait pas existé sur ce point et c'est seulement dans cette hypothèse qu'il présume une volonté des parties dans un certain sens. Pourquoi attribuer à cette présomption de volonté posée par le législateur une force plus grande qu'à la volonté tacite mais certaine des parties ? Les règles supplétives n'ont pas à s'appliquer en présence d'une volonté certaine des parties. Pourquoi faire des différences selon que cette volonté certaine sera expresse ou tacite ? Pour quelles raisons admettre que le législateur a parmi les dispositions supplétives *lato sensu* établi des degrés selon la force de la présomption qu'il instituait : d'une part le droit dispositif, qui ne pourrait être tenu en échec que par une déclaration expresse, et d'autre part le droit supplétif proprement dit qu'une volonté contraire, expresse ou tacite, suffirait à rendre inapplicable ? Pourquoi l'article 1742 appartiendrait-il au « droit dispositif » ? Pour nous il est inutile que les parties aient manifesté expressément une volonté contraire : il suffit que le juge puisse l'induire en interprétant judiciairement l'acte ou les faits et circonstances de la cause (28). L'intention tacite doit

(28) Quelquefois le besoin économique ou moral qui forme le fond de l'intuitus personæ est (a) ou en tout cas

prévaloir sur celle qu'en révélera à tort les expressions d'un acte prises dans leur sens littéral (arti-

peut être réalisé juridiquement sous forme d'une condition, le consentement du contrat est donné conditionnellement ; la création par le contrat d'effets juridiques est subordonnée à l'existence et à la persistance de telles qualités chez l'un des contractants : le contractant n'a-t-il pas ces qualités ? la condition défaille et aucun effet juridique n'est créé. De même quand le contractant perd les qualités qu'il avait lors de la formation du contrat et pendant l'exécution, le contrat cesse de produire effet pour l'avenir (b), l'événement formant condition résolutoire étant survenu. Cette condition introduit l'intuitus personæ dans le contrat, déroge par exemple dans le bail aux articles 1742 et 1717. Or il est certain que la condition en général peut être stipulée tacitement (c). Pourquoi ici ne pas admettre une volonté tacite ?

(a) Il nous semble que telle était l'hypothèse dans l'arrêt de la Ch. des Req. du 29 juin 1932 (époux Gaudin de Lagrange), S. 1933.1.99 : l'intuitus personæ était une condition déterminante du contrat. Avait-elle été stipulée expressément ou tacitement ? L'arrêt ne permet pas de le dire d'une façon certaine ; mais il semble plutôt qu'il s'agissait d'une condition tacite. C'est du moins ce qui semble résulter des termes de l'arrêt de cour d'appel rappelés par la Chambre des Req.

« attendu qu'il résulte des déclarations de l'arrêt attaqué que (le bailleur) n'avait donné à ferme sa propriété à une locataire que parce que celle-ci et son mari... et parce que l'ensemble de la propriété devait continuer à être dirigé par le mari de la locataire eu qui le bailleur avait confiance ».

En tout cas, à n'en pas douter, l'intuitus personæ était dans l'hypothèse une condition, et une condition déterminante.

(b) La rétroactivité de la condition n'existera pas si le contrat est à exécution successive, les effets produits demeureront acquis.

(c) Voyez sur ce point un arrêt intéressant : Paris, 30 mai 1888 (Campocasso c. demoiselle Merquillier), D.P. 1890.2.31 (il ne s'agissait pas d'une condition visant l'intuitus personæ).

Voyez aussi les développements intéressants de Toullier, Droit Civ. français, 1830, T. VI, p. 42 et s., Nos 39 et s.

de 1156). Or il est bien certain que les dispositions légales interprétatives ne sauraient avoir plus de force que les termes mêmes de la convention expresse. Elles doivent donc s'effacer devant une volonté contraire tacite.

Comment pourrait-on obliger le magistrat à s'en tenir exclusivement à la présomption posée par le législateur quand celle-ci est pratiquement en contradiction avec l'intention probable et générale des parties ? Voyez par exemple pour le bail à ferme la présomption qui résulte des articles 1717 et 1742 du Code Civil (29) !

Qu'il s'agisse d'ailleurs d'une de ces dispositions légales qu'on peut justement critiquer ou au contraire d'une présomption pour laquelle la loi a eu le sentiment exact de la volonté probable des parties, dans tous les cas, il faut appliquer le même principe : le juge même en présence d'une présomption prévue par la loi, doit avant tout rechercher la volonté que les parties ont eu réellement sur ce point, même d'une façon tacite.

Et, en présence de l'article 1742 du Code Civil, nous dirons avec Aubry et Rau (30) : le contrat de louage n'est point résolu par la mort du preneur, « il en est ainsi alors même que le bail aurait été fait en considération d'une qualité inhérente à la personne du locataire, si d'ailleurs le contrat ne stipulait ni expressément ni *implicitement* que la location prendrait fin en cas de décès du preneur ».

Evidemment dans le doute absolu les parties devront être considérées s'en être rapportées à la disposition légale.

Mais nous nous demandons si le doute absolu

(29) Cf. *supra*, T. I, Chap. I, N^{os} 37 et s.

(30) T. V, § 369, texte et note 28 bis.

existera souvent en la matière. Il nous semble que la volonté tacite certaine sera souvent facile à établir. Il est en effet difficilement concevable que le contrat ait eu lieu en considération d'une qualité de la personne et que son maintien n'ait pas été subordonné à la persistance de cette qualité. Si la considération de la personne a été déterminante du consentement des parties, il est bien probable que les parties ont voulu subordonner le maintien du contrat à la persistance de cette qualité. N'est-il pas irraisonnable de supposer le contraire ? Quelle utilité auraient les parties à traiter en considération d'une qualité de la personne si cette qualité de la personne ne devait exister qu'au moment de la formation du contrat ? Est-ce pour que l'erreur sur la personne soit admissible ? cette conséquence n'est-elle pas la plupart du temps hors de leurs prévisions ? Est-ce seulement pour réduire l'offre à une offre d'entrer en pourparlers que la considération de la personne aurait existé ? ou la considération de la qualité était-elle seulement une garantie dont la présence lors de la formation du contrat suffisait ? Le but que se proposaient les parties, l'économie générale de l'acte, les circonstances dans lesquelles le contrat se sera formé et où auront baigné les volontés jetteront la plupart du temps une lumière vive sur la volonté des parties, la rendront certaine.

Quand il s'agit d'admettre l'existence d'une dérogation au principe de l'article 1122 du Code Civil — dérogation qui reposerait sur la « nature du contrat » —, les auteurs admettent alors la volonté tacite des parties. Pourquoi la rejeter ici, dans cette autre exception de l'article 1122 ? Souvent le but n'indiquera-t-il pas cette volonté tacite ? Quand la considération d'une ou plusieurs qualités de la per-

sonne a été déterminante du consentement au contrat et qu'il s'agit d'un travail à exécuter, on admet facilement (tout le monde semble même présumer la volonté des parties alors que le législateur, lui, ne dit rien !) que le maintien du contrat est subordonné à la persistance de cette ou de ces qualités. Pourquoi admettre ici la volonté tacite (sans demander même qu'on l'établisse !) et la rejeter là ? A cause de la différence de but des deux opérations ?

78. — Mais souvent le but du bail ne vient-il pas jeter un jour pareil sur la volonté de subordonner le maintien du contrat à la persistance de la qualité ? C'est par exemple le cas où le bail est fait en considération de la qualité de fonctionnaire habitant telle ville. Une clause prévoit expressément que le bail sera résilié en cas de changement de résidence et en exigeant même que ce changement et le rappel du fonctionnaire soient notifiés par son gouvernement. Faut-il déclarer le bail résilié en cas de mort du fonctionnaire ? La Cour d'Aix (31) ne l'a point cru : « Attendu que les parties peuvent déroger... soit expressément, soit tacitement à cette règle générale (art. 1742) ; mais qu'une exception au principe ne doit être admise que devant la manifestation certaine de leur intention commune... que les termes du bail ne prêtent à aucune équivoque... qu'on ne saurait, en présence de ces termes, assimiler le décès du preneur au cas prévu par le bail ; que décider le contraire serait refaire le contrat, et non l'interpréter... ». Juridiquement cet arrêt ne nous semble pas critiquable à cause du pouvoir souverain qu'ont les juges du fond de dégager

(31) Aix, 21 juillet 1900, France Judiciaire 1901.2.39.
Cpr. le jugement du Trib. dans la même affaire dont on parle en note, eod loc.

la volonté commune des parties. Mais nous avouons qu'en fait la décision de la cour peut choquer. S'il était vrai, comme le constate la cour, que la considération de la qualité de fonctionnaire (consul) résidant dans la ville avait été déterminante du contrat, s'il paraît qu'en exigeant la justification du changement de résidence et du rappel du fonctionnaire par la notification que lui ferait son gouvernement, les parties ne pouvaient avoir en vue que d'éviter des contestations sur la disparition de la qualité déterminante du contrat, il semble bien qu'en fait le décès eût dû être assimilé au changement de résidence. Le cas n'était pas expressément prévu mais il découlait d'une interprétation raisonnable du cas prévu. Une interprétation extensive, c'est-à-dire au delà des mots, mais qui aurait été rationnelle, raisonnable, aurait pu justifier l'existence d'une volonté tacite des parties dans ce cas, et d'une volonté quasi certaine. Juridiquement la cour aurait pu adopter la solution inverse de celle qu'elle a donnée. En fait sa solution nous eût paru plus acceptable, plus équitable (33), parce que sans doute plus conforme au but commun des parties lors de la formation du contrat. C'est peut-être là la conception que Laurent avait en vue. Et cette interprétation de sa pensée permettrait de lever la contradiction qui existe semble-t-il entre les deux passages de cet auteur que nous avons cités (33).

(32) Le tribunal de Marseille par jugement du 31 octobre 1899 l'avait admis dans cette affaire. On pourrait se demander quelle solution aurait adoptée la cour si c'eût été le bailleur qui avait demandé la résiliation du bail, si par exemple il avait prétendu qu'il avait compté sur la solvabilité que supposait la qualité, déterminante de son consentement au contrat, de fonctionnaire ?

(33) T. XXV, N° 319 et T. XVI, N° 5, p. 9 et 10. D'ailleurs il semble bien que ce soit la pensée de Laurent : pour

Cette conception, qui touche plutôt à des questions de fait, permet de critiquer, tout au moins en fait, certains autres arrêts rendus dans des affaires analogues (34) : le but principal des parties éclai-

lui en général, quand le contrat est fait en considération d'une qualité de la personne, le maintien du contrat est subordonné à la persistance de cette qualité. C'était le cas de l'arrêt dont il avait sans doute tiré son opinion : Bruxelles 2 décembre 1835, Pas. 1835.2.349 (Vancáuwenberg). L'arrêt, après avoir constaté que le bail du bateau avait été consenti à deux bateliers, déclare : « Attendu que s'il est vrai en règle générale que le contrat de bail ne se résoud pas par la mort du preneur, mais que la jouissance de la chose qui en fait l'objet et les obligations qui en dérivent passent à ses héritiers, cette règle est nécessairement sans application lorsque, comme dans le procès actuel, aucun temps n'ayant été fixé à la durée du bail, il est évident que la location a dû avoir lieu en considération d'une qualité particulière à celui à qui a été confiée la chose louée, laquelle qualité s'éteignant avec lui, entraînant la résolution du bail ».

(34) Quelquefois la difficulté est légèrement différente. Par exemple : Paris, 14 avril 1869 (Simon C. Goblet), S. 69.2.251 : location d'une voiture et des chevaux à un médecin. L'article 1742 est déclaré applicable lors du décès du médecin, notamment parce que : « il n'est aucunement établi que les parties aient entendu restreindre l'application de cette convention au service du docteur Simon comme médecin, qu'il n'eût pas le droit de se servir de la voiture et des chevaux loués pour un usage étranger à sa profession, et que dans le cas où il eût renoncé à l'exercice de la médecine, ladite convention eût cessé de lier les parties » ; l'arrêt ajoute d'ailleurs que la location était faite pour une durée déterminée de trois ans.

L'arrêt semble admettre implicitement que l'article 1742 souffrirait exception s'il s'agissait d'une location essentiellement personnelle au preneur et limitée aux besoins de sa profession (note Sirey).

En réalité pour la cour, non seulement la volonté commune de subordonner le maintien du contrat à la qualité de médecin est déclarée ne pas avoir existé, mais il semble aussi que le contrat n'avait pas été fait en considération de cette qualité. Nous pensons qu'il eût suffi pour que l'article 1742 soit déclaré inapplicable que la considération de la qualité de médecin ait été une des considérations déterminantes du contrat et de son maintien. Peu importerait que le docteur ait eu le droit accessoire de s'en servir en dehors de sa profession. S'il avait été démontré seulement que le contrat de-

rait leur volonté, permettait de constater l'existence de cette volonté tacite de subordonner le maintien du contrat à l'existence et la persistance d'une ou plusieurs qualités de la personne. Mais encore une fois, du point de vue juridique strict, cette jurisprudence n'est pas critiquable puisque à la différence de la doctrine elle admet qu'une volonté tacite (mais certaine) de subordonner le maintien du contrat à la persistance de la qualité en vue de laquelle le contrat avait été conclu suffit à introduire tout l'intuitus personæ.

79. — Cette volonté tacite pourra être révélée aussi, non plus seulement par le but même de l'opération, mais par une notion qui n'est pour ainsi dire que le moyen d'arriver au but : l'économie générale de l'acte. D'abord, il est certain que parfois l'économie de l'acte pourra indiquer si le contrat est fait en vue d'une personne ou en vue de plusieurs : les conditions économiques de l'affaire en

vait dans la volonté commune des parties cesser avec la qualité de médecin (ce qui nous semblerait normal étant donné le but et l'économie de l'opération : on passe généralement un contrat semblable surtout pour l'exercice de sa profession) l'article 1742 aurait dû être écarté de par la volonté tacite mais certaine des parties contractantes. Remarquons cependant que l'existence d'un terme prévu a aussi influencé les juges du fond. Dans une autre hypothèse, l'absence de terme avait eu une influence contraire et c'était même le seul motif pour établir l'intuitus personæ ! (Aix, 21 juil. 1900, France Judiciaire 1901.239. L'arrêt est étudié supra au texte). Pourtant il faut remarquer que la présence d'un terme n'est pas nécessairement un signe de l'exclusion de la considération de la personne, pas plus que l'absence de terme un indice de la prise en considération d'une qualité de la personne. Ce qu'il y a seulement de certain c'est que si le maintien du contrat est subordonné à la persistance d'une qualité de la personne il a au maximum pour terme extinctif la mort de cette personne.

Cpr. Trib. civ. de Grenoble, 27 juillet 1869, S. 70.2.249 (Valier, C. Chapel et autres) et la note critique Sirey.

effet sont différentes selon que l'un des contractants a le droit ou non de se substituer un tiers, de transmettre son contrat à ses héritiers ou non.

D'autre part, il est probable que si la fixation du montant ou de la qualité d'une prestation est laissée à l'arbitraire de l'autre partie, c'est que la partie à qui est due cette prestation s'en est remis à la bonne foi de son cocontractant en personne, in concreto. Il y a là une conclusion raisonnable tirée de l'économie de l'acte (35).

Dans d'autres cas l'équilibre économique de l'opération sera un indice précieux : par exemple cet équilibre n'existe qu'avec telle personne déterminée : il n'existerait pas avec telle autre (36). On peut en conclure que les parties ayant en principe le désir de faire une opération à titre onéreux, une

(35) Cpr. sur ce point intéressant : Cass. civ. rej. 5 mai 1894 et l'arrêt d'Orléans attaqué : S. 97.1.74, D.P. 94.1.509 : il s'agissait de l'introduction de l'intuitus personæ dans le bail mais vis-à-vis du propriétaire : un seul indice a éclairé le juge : l'économie de l'acte.

(36) Voyez une hypothèse qui semble bien illustrer ce qui est dit au texte, Req. 31 oct. 1898, D.P. 98.1.153. L'arrêt de la cour d'Orléans, ayant adopté les motifs du jugement de Chinon (3 déc. 1896), disait notamment : « qu'il n'est point contesté que le droit de chasse ait été affermé à un prix anormal suivant les usages du pays ; qu'il faut en conclure que la réserve faite par B... n'a dû être acceptée par J... que parce qu'elle ne préjudiciait pas aux droits de chasse à raison des conditions dans lesquelles B... et le garde T... exerçaient leur droit de chasse ; qu'il est constant en effet que B..., officier d'infanterie de marine, habitait Brest ou les colonies et que T... était âgé de 85 ans au moment du bail ; que la réserve faite à leur profit ne pouvait dès lors gêner l'exercice du droit de chasse de J... ; qu'il n'est donc pas étonnant que J... ait consenti à une réserve faite dans ces conditions. »

Cpr. l'influence de l'économie de l'acte sur la décision des juges, mais pour la question inverse, l'exclusion de l'intuitus personæ : Req. 13 déc. 1869, S. 70.1.129, P. 70.295.

Voyez aussi une hypothèse qui se rattache peut-être à ce qui est dit au texte, et où il s'agissait d'une autorisation de pure tolérance : Civ. rej. 18 avril 1893, D.P. 93.1.350.

opération équilibrée, le contrat ou la clause n'avait été conçu qu'intuitus personæ.

Il nous semble même qu'on puisse aller plus loin dans cette voie car l'économie des contrats intuitus personæ présente en général une physionomie spéciale. Elle est différente des opérations de même nature où n'existe pas l'intuitus personæ — et la différence apparaît dans tous les cas, si variés et si différents qu'ils soient les uns des autres, où l'intuitus personæ colore l'opération. Il semble que l'empreinte de l'intuitus personæ se voit toujours sur l'économie de l'opération ; bien plus, elle a toujours le même caractère, qu'il s'agisse d'un contrat à titre onéreux ou à titre gratuit, ou qu'il s'agisse d'un contrat intuitus personæ à base d'affection ou à base de confiance — que la confiance vise la personne du créancier ou la personne du débiteur. Dans le contrat intuitus personæ, l'un des contractants a intérêt à choisir son cocontractant. C'est à la condition d'avoir telle personne comme cocontractant qu'il s'oblige. Cet intérêt qui est au fond de toute hypothèse d'intuitus personæ marque l'économie du contrat d'une manière spéciale, toujours la même : la personne qui choisit son cocontractant fait un sacrifice (pour avoir ce contractant généralement) et l'exercice de ce sacrifice apparaît dans l'économie de l'acte.

Cela est évident pour la donation et les contrats de bienfaisance. Le donateur, le mandataire, le dépositaire consentent un sacrifice, en biens ou en services, sans contrepartie économique directe vis-à-vis de l'autre contractant.

Cela est vrai aussi dans l'hypothèse où l'intuitus personæ à base de confiance vise la personne du créancier. Pour travailler comme secrétaire chez tel

patron qui m'occupera à des travaux intéressants, j'ai pu consentir un sacrifice soit quant au montant du traitement, soit quant à la durée du travail, soit quant à la qualité. Pour louer pendant quelque temps d'éloignement mon appartement tout installé à telle personne en qui j'ai confiance, je consens une réduction du loyer : la prestation économique que je fournis est supérieure à la prestation économique envisagée objectivement que je recevrai : la différence sera le prix de la confiance (37).

Le phénomène apparaît aussi avec netteté dans

Enfin quand l'intuitus personæ de confiance vis-à-vis la personne du débiteur :

Si la personne du débiteur a été choisie pour la garantie d'exécution de l'obligation, l'économie de l'acte bien souvent en sera marquée. Toutes choses égales, je prêterai sans sûreté, à un taux d'intérêts moins élevé à la personne en qui j'ai le plus confiance. L'existence de cette confiance se traduit par un sacrifice économique objectif de ma part.

Enfin quand l'intuitus personæ de confiance vis-à-vis la personne du débiteur sera relatif à la qualité d'exécution de l'obligation, l'existence du sacrifice

(37) Cpr. Paris, 20 juin 1861 (motifs), S. 61.2.587. L'arrêt dit : « que si une exception (à l'art. 1717 et s'agissant d'un appartement meublé) pouvait, sans stipulation semblable être admise, lorsqu'une personne, dans une pensée d'économie plutôt que de spéculation, cédant accidentellement pour un temps donné son appartement avec les meubles qui le garnissent, il ressort de toutes les circonstances de la cause que cette location n'a eu lieu qu'en vue et en raison de la personne du locataire, il ne saurait en être de même dans l'espèce où rien de semblable n'apparaît ». Ainsi l'introduction de l'intuitus personæ de confiance vis-à-vis la personne du créancier serait possible par une volonté tacite. Il en serait certainement de même de l'intuitus personæ d'affection : dans tous ces cas il semble qu'il suffise de la volonté tacite de limiter le contrat à la personne choisie. Pourquoi ne pas décider de même en présence de l'intuitus personæ de confiance vis-à-vis la personne du débiteur ?

se traduira par l'élévation de la somme qu'on paiera pour obtenir le service. C'est un phénomène bien connu que l'on paie plus cher le chirurgien compétent, l'avocat de talent, l'artiste émérite ou célèbre, le grand champion sportif, l'artisan réputé, etc... pour obtenir leurs services, on consent un sacrifice économique en contrepartie de la confiance qu'on leur porte.

Dans tous ces cas l'existence d'un sacrifice dû au choix du contractant, que ce sacrifice s'intègre dans l'absence de contrepartie totale, qu'il se traduise par la somme diminuée que l'on reçoit, ou par la somme élevée que l'on paie, sera un indice de la présence de l'intuitus personæ : l'économie de l'acte éclairant le contrat mettra en un relief saisissant son caractère personnel. En se basant sur cette économie spéciale qui résultera de l'ensemble des stipulations et de l'atmosphère de la passation du contrat, le juge pourra, avec beaucoup de certitude, conclure à l'existence de l'intuitus personæ. Nous pensons que cette physionomie spéciale de l'économie de l'acte — à condition évidemment qu'elle soit certaine — doit être pour le juge une considération déterminante de sa décision dans la recherche de la volonté commune des parties. Cette économie révélera l'intérêt qu'avait chacune des parties à donner à l'acte un caractère personnel : par cette économie on verra clairement pourquoi le caractère personnel du contrat a été voulu par les deux parties. Cette idée va nous amener à préciser une des conditions de l'introduction de l'intuitus personæ par la volonté expresse ou tacite — condition qui est nécessitée ici aussi comme dans toute autre création d'effets de droit par la volonté des contractants : il faut que cette volonté d'introduire l'intuitus personæ soit commune aux deux parties.

80. — Il ne suffit pas en effet que la partie ayant le plus grand intérêt ou le seul intérêt à l'introduction de l'intuitus personæ ait eu la volonté de donner ce caractère au contrat. Il ne suffit pas non plus en principe qu'elle ait fait connaître par une déclaration cette volonté à l'autre partie lors de la formation du contrat : il faut encore que l'autre partie ait eu aussi cette volonté d'introduire l'intuitus personæ, ait accepté la création de cet effet juridique pour satisfaire le besoin économique ou moral de son cocontractant. Et cela doit être précisé ici parce que le phénomène de l'intuitus personæ est souvent tout psychologique. L'une des parties a pour mobile déterminant quand elle contracte la considération de la personne de son cocontractant et elle ne désire s'engager qu'à la condition que ce contractant en personne demeurera dans le lien juridique. L'existence de ce mobile est-elle suffisante pour projeter l'intuitus personæ dans le domaine juridique, pour l'intégrer dans le « champ contractuel » envisagé d'une manière large (38) ? Certes ce mobile a donné naissance chez ce contractant à la vo-

(38) Sur la question plus générale de savoir dans quelle mesure on doit tenir compte des mobiles au point de vue du droit contractuel, voyez notamment : Capitant H. « De la cause des obligations » 1923 et particulièrement N^{os} 4 et 112 ; L. Jossierand « Les mobiles dans les actes juridiques » 1928 ; Dubreuil, Th. Lyon 1911 ; voyez aussi Toullier, Droit civil, T. VI, 1830, N^{os} 39 et s., p. 42 et s.

Voyez aussi la critique de M. Ripert quant à la distinction de M. Capitant entre les motifs et la cause : « La règle morale », N^o 33.

Il importe ici de signaler l'opinion de M. Capitant relativement à l'intuitus personæ. Il la formule dans son livre précité aux numéros 18 et s. notamment au N^o 20, p. 43. Au N^o 18 il déclare que « dans certains groupes de contrats synallagmatiques, la cause se complique d'un élément nouveau du fait que les contractants y poursuivent un but spécial qui vient s'ajouter au but ordinairement visé » et parmi

lonté d'introduire l'intuitus personæ dans le contrat. Mais cela n'est pas suffisant. Il faut aussi que ce contractant ait fait connaître ce motif déterminant à l'autre partie et que cet autre contractant ait accepté que ce motif soit intégré dans le but commun, dans le champ contractuel. Il faut que les deux contractants aient su que l'un d'eux était déterminé à passer le contrat par la considération d'une ou plusieurs qualités de l'autre et qu'il subordonnait le maintien du contrat à la persistance de cette ou ces qualités, et que tous deux aient accepté cette limitation des effets juridiques normaux du contrat. Il n'y a là qu'une application du droit commun contractuel : le contrat est l'accord des deux volontés : il faut pour que cet acte ait le caractère personnel que l'accord des deux parties ait existé sur ce point. Peu importe la forme dans laquelle la volonté commune se sera extériorisée : elle a

ces contrats il cite les contrats conclus intuitu personæ. Au N° 20 il précise que « la considération de la personne avec qui il (l'un des contractants) traite fait partie intégrante de la manifestation de volonté... et s'incorpore à la cause de l'obligation : il s'oblige en vue d'obtenir les services non pas d'une personne quelconque, mais de celui-là même qu'il a choisi » et il développe sa pensée (Voyez infra le chapitre : Erreur sur la personne) tirant argument du mot « cause » employé par l'article 1110 al. 2 C. Civ. (Cpr. Capitant, loc. cit. p. 212). Remarquons que l'intuitus personæ semble toucher aussi à la cause dans les libéralités. Voyez sur ce point la thèse de M. Hamel, Paris 1920, notamment p. 288 et s.

Voyez pour notre opinion supra Introduction — et cpr. Esmein, Planiol et Ripert, T. VI, notamment p. 352, note 2 : « Mais l'intuitus personæ, soit qu'on en fasse découler la nullité pour erreur sur la personne et ses qualités, soit qu'il justifie la dissolution de la société ou la révocation du mandat (2), ne se ramène pas à la théorie de la cause. C'est un mobile spécial pris en considération dans certains contrats. »

existé, elle a été déclarée, cela suffit : l'intuitus personæ existera juridiquement (39).

(39) M. Voirin dans sa note au D.P. 1928.2.196 ne semble pas admettre ce point de vue, au moins pour l'introduction de l'intuitus personæ dans le bail : « On a parfois admis, dit-il, que la volonté des parties pourrait être tacite, c'est-à-dire s'induire des circonstances de fait au sein desquelles le contrat s'est formé. Le tribunal civil de Nantes... Mais peut-on légitimement s'engager dans cette voie ? « Nous en doutons... » et cet auteur en doute pour deux raisons, savoir : 1° la présomption d'intuitus personæ, cependant très forte qui s'attache à la nature de la chose louée (et M. Voirin vise le bail à ferme) est dans notre droit positif, annihilée par les articles 1717 et 1742... 2° Ces articles relèvent du « droit dispositif », dont la teneur ne peut être tenue en échec que par une déclaration assez nette pour y substituer clairement le vouloir des intéressés.

On peut répondre à ce point de vue (voyez aussi les arguments donnés au texte infra) : 1° Que cette solution, si elle était juste, ne serait valable que dans les cas où il s'agirait d'introduire l'intuitus personæ dans un contrat dont des articles de loi l'excluraient.

2° Mais est-elle juste ? Nous pourrions, quant à nous, réfuter aisément le premier argument : pour nous en effet, l'application des articles 1717 et 1742 au bail à ferme est une erreur législative, et malgré ces articles nous avons admis l'existence d'une manière normale de l'intuitus personæ dans ce contrat : ainsi, pour nous, la présomption d'intuitus personæ qui s'attache à la nature de la chose louée n'est pas annihilée par ces textes. D'autres présomptions (par exemple celle résultant de la circonstance de l'habitation du bailleur dans une partie de l'appartement même) pourront donc être invoquées pour étayer une volonté commune des parties d'introduire l'intuitus personæ.

Mais il y a mieux : on peut en effet s'étonner qu'on limite ici, en matière d'intuitus personæ, le pouvoir souverain des juges du fond pour la recherche de la volonté commune des parties. La loi ne prévoit nulle part pareille limitation. Pourquoi donc admettre qu'en général le juge puisse, pour rechercher la volonté tacite des parties, se baser sur toutes les circonstances de la cause, et exclure ici cette possibilité ? Pourquoi être plus difficile quand il s'agit d'admettre juridiquement la volonté de limiter les effets du contrat à une personne déterminée que lorsqu'il est question de déterminer le contenu de cette volonté quant à l'objet propre-

L'existence de cette volonté commune est une question de fait. Quand la convention sera obscure sur ce point, il appartiendra au juge du fond d'interpréter la convention, de rechercher la volonté réelle commune des parties. Pour ce faire, le juge du fond jouira en principe d'un pouvoir souverain. En pratique, il arbitrera le conflit entre la personne qui invoque l'intuitus personæ et celle qui en nie l'existence. Puisque nous sommes en présence d'un contrat ne comportant pas normalement l'intuitus personæ, il faudra que la partie qui invoque l'introduction de l'intuitus personæ prouve que la volonté commune sur ce point a existé et s'est ma-

ment dit, quant au « champ contractuel » ? Dans les deux cas il s'agit de délimiter ce « champ contractuel », ce qu'ont voulu les parties. Et d'ailleurs bien souvent, objet et limitation des effets juridiques du contrat à une personne déterminée sont intimement liés : notamment quand l'intuitus personæ recouvre un sentiment de confiance relatif à la qualité de l'exécution : dans ce cas, en effet, l'objet du contrat, de l'obligation englobe l'intuitus personæ : cet objet est constitué non par des services quelconques mais par les services de telle personne déterminée. Alors la volonté tacite des parties suffit certainement. Pourquoi n'en tiendrait-on pas compte dans les autres cas ? Et souvent la transition entre les deux hypothèses est insensible : comment fixerait-on la ligne de démarcation ? Ne serait-il pas illogique de donner au juge dans un cas un pouvoir souverain pour rechercher la volonté tacite des parties d'introduire l'intuitus personæ et de lui refuser dans l'autre ? Enfin, refuser de tenir compte des circonstances de fait pour la recherche de la volonté des parties et en tenir compte ensuite, comme l'admet M. Voirin, pour déterminer la portée de cette volonté est dans une certaine mesure critiquable.

En réalité, la crainte de M. Voirin est de voir le juge se baser sur des circonstances « fuyantes » pour déclarer que la volonté commune des parties d'introduire l'intuitus personæ a existé. Il est vrai que les juges se sont quelquefois basés sur des circonstances qui n'impliquaient ni nécessairement ni même raisonnablement pareille volonté : leurs décisions nous semblent insuffisamment motivées en fait sur ce point. Et il nous semble qu'ils devraient se baser exclusive-

nifestée dans les formes légales. Le problème se ramènera à une question de preuves. Comme ce qu'il s'agit de prouver est la portée de la volonté commune, tous les moyens de preuve seront admissibles. Nous savons déjà que la partie pourra convaincre le juge en établissant par tous les moyens que le but commun postulait l'intuitus personæ ou que l'économie générale de l'acte portait l'empreinte de l'intuitus personæ. Mais d'autres circonstances pourront servir d'indice précieux au juge dans la recherche de la volonté commune : par exemple les faits d'exécution qui avaient suivi la passation du contrat, ou la conduite des parties après tel événe-

ment sur les circonstances susceptibles de révéler avec une grande probabilité sinon avec certitude la volonté et la volonté commune des parties.

On peut d'ailleurs remarquer que la faute originelle remonte peut-être à la doctrine. C'est elle en effet qui a déclaré — à propos de l'article 1110 al. 2 — que l'intuitus personæ résultait « de toutes les circonstances de la cause ». Voyez notamment le passage de Duranton, T. X, N° 123, p. 124, qui est un des premiers auteurs à l'avoir déclaré. Il semble d'ailleurs qu'il avait en vue les éléments susceptibles d'étayer une volonté commune des parties. Mais sa formule a peut-être induit en erreur ses successeurs et les tribunaux (a). Il eût mieux valu préciser : « de toutes les circonstances de la cause susceptibles d'étayer une volonté commune et très probable sinon certaine d'introduire l'intuitus personæ » — et plus simplement que le droit commun s'appliquait.

Cpr. la formule plus large et plus claire de Demolombe T. XXIV, N° 266.

(a) Peut-être la formule lancée par Duranton, et qui a paru égarer parfois la jurisprudence sinon la doctrine (du moins selon M. Voirin, note au D.P. 1928.2.196) a-t-elle été empruntée au passage de Tronchet qui disait à propos du consentement au mariage « que l'erreur dépend des circonstances qui se diversifient à l'infini... tellement que la loi ne peut toutes les embrasser, et doit poser le principe sans déterminer les divers cas où il y a erreur », Fenet, T. IX, p. 45 et 46.

ment ayant fait disparaître telle qualité de la personne ou la personne elle-même. D'une façon générale, le juge dans la recherche de la volonté commune pourra se baser sur toutes les circonstances susceptibles de dévoiler cette volonté commune : les circonstances avant servi de milieu à la passation de l'acte, les clauses, le but et l'économie de cet acte, les circonstances de son exécution. Ce qu'il faut dans l'exercice de ce pouvoir souverain, c'est que le juge ne se base que sur les éléments susceptibles d'établir la volonté commune des parties.

Et si l'on veut apprécier d'une manière générale la conduite du juge dans la recherche de la volonté commune d'introduire l'intuitus personæ, on se rend compte que dans l'ensemble, malgré quelques cas où un certain arbitraire se manifeste, et dans quelques cas où sa décision, dictée par la morale, n'a pas été suffisamment motivée (40), il a accompli sa tâche d'une façon satisfaisante.

81. — Nous concluons donc que l'introduction de l'intuitus personæ dans un contrat qui ne le comporte pas n'exige comme condition nécessaire et suffisante que la volonté commune des parties en ce sens, qu'elle soit expresse ou tacite. Il faut et il suffit que les deux contractants aient voulu juridiquement que le contrat soit subordonné quant à sa formation et à son maintien à l'existence et à la persistance d'une ou plusieurs qualités de la personne de l'un des contractants ou des deux. Cette volonté commune peut être expresse ou tacite. Quand il y a lieu à interprétation le juge doit la rechercher en se basant sur tous les éléments sus-

(40) Pour ces cas, voyez les décisions citées infra N° 90.

ceptibles de révéler cette volonté commune : il a pour ce faire un pouvoir souverain. Mais il lui faut une règle pour le cas où la mise en œuvre de tous ces éléments n'aura produit aucun résultat : dans ce cas, s'il y a vraiment doute sur l'existence de la volonté des parties d'introduire l'intuitus personæ, il devra décider qu'il n'y a pas intuitus personæ. Le droit commun, c'est en effet la transmission des effets des contrats aux héritiers (art. 1122) (41) et la cessibilité aux tiers des liens juridiques qui en sont nés (réserve faite bien entendu de l'interdiction de la cession de dette), c'est l'absence d'intuitus personæ.

Enfin, nous pensons que ces solutions, imposées actuellement par les principes généraux de notre droit positif, semblent satisfaisantes en pratique : l'arbitraire de leur application concrète est compensé par la vérité moyenne de leurs résultats.

(41) On a parfois contesté cette solution qui consiste à donner la prééminence au principe posé par le début de l'article 1122 sur celui que pose cet article in fine. Voyez Hémond, note au S. 1908.1.178, et E. Cazagne, Th. Paris 1932. Mais la solution contraire est admise par la quasi-unanimité des auteurs et de la jurisprudence.

DEUXIÈME PARTIE

EFFETS DE L'INTUITUS PERSONÆ

82. — L'intuitus personæ qui recouvre un grand intérêt pour l'un des contractants à avoir comme cocontractant — et d'une façon durable — telle personne déterminée, comporte deux éléments : un élément qui existe toujours : l'influence décisive de la considération de la personne choisie sur le consentement de l'autre partie au contrat, et un élément qui existe généralement : l'attache du lien créé à la personne. Dans notre première partie nous avons recherché quand cet intuitus personæ, fait de ces deux éléments, se retrouvait, quelles étaient ses conditions d'existence. Il faut maintenant étudier son jeu dans tous les cas où nous avons constaté ou décelé sa présence ; il faut rechercher et exposer son rôle, c'est-à-dire ses conséquences — et peut-on dire dans un sens large ses effets. L'originalité du phénomène peut laisser supposer que sa présence va conférer une physionomie spéciale et à la formation du lien juridique qu'il colore et à ce lien juridique une fois créé : c'est qu'en effet les deux éléments qui le constituent vont entrer en œuvre respectivement (et d'une façon schématique) dans la formation du lien, puis après la formation de ce lien. Lors de la formation du lien, on verra essentiellement l'intuitus personæ entrer en action par son influence décisive sur le consentement nécessaire à la formation de ce lien. Cette influence décisive va se manifester notamment à propos de l'offre du contrat, puisque l'intuitus personæ est essentiellement la traduction dans le do-

maine juridique du besoin économique ou moral de choisir son cocontractant. Et ce besoin de choisir son cocontractant ne sera pleinement satisfait que si le choix a été (non seulement libre mais aussi) éclairé. La possibilité de faire annuler le lien juridique créé pour erreur sur la personne va permettre la réalisation de ce choix dans les meilleures conditions possibles. Et la notion de l'intuitus personæ va réaliser la démonstration du caractère dirimant de l'erreur sur la personne.

L'intérêt qu'a l'un des contractants à choisir son cocontractant fait supposer que le maintien de la personnalité choisie après la formation du contrat comme autre sujet des liens juridiques créés sera nécessaire, et c'est le deuxième élément de l'intuitus personæ qui va entrer en action : l'attache à la personne. On n'aurait pas intérêt à choisir son partenaire si après la formation du lien ce partenaire pouvait se substituer un tiers, ou si ses héritiers pouvaient prendre sa place. Et dans certains cas le choix aurait été non seulement inutile mais néfaste si l'on devait conserver ce partenaire après la disparition des qualités déterminantes qui l'avaient fait choisir.

Mais cette ligne générale des conséquences de l'intuitus personæ demande à être précisée davantage. On ne peut se borner à l'indiquer. Le dessin doit être plus précis : le schéma ne peut suffire sous peine de paraître imprécis ou même faux quant à certains points. Aussi allons-nous retrouver ces différentes questions dans cette deuxième partie qui comportera deux titres :

Titre I : L'intuitus personæ dans la formation du contrat.

Titre II : L'intuitus personæ après la formation du contrat.

TITRE PREMIER

L'INTUITUS PERSONÆ DANS LA FORMATION DU CONTRAT

CHAPITRE PREMIER

L'OFFRE DU CONTRAT INTUITUS PERSONÆ

83. — Dans le contrat conclu normalement intuitu personæ la considération de la personne d'une des parties est déterminante du consentement de l'autre. Aussi le choix du cocontractant présente une importance de premier ordre. Et l'on comprend aisément que l'agrément du cocontractant dont la personne est déterminante constitue une condition indispensable à la formation du contrat. Si donc une proposition de contrat, même précisant tous les autres éléments du contrat, a été faite au public ou à une personne déterminée (1), elle n'engage point

(1) Nous pensons que l'offre peut être faite à une personne déterminée mais inconnue de l'offrant. C'était l'hypothèse dans l'arrêt de Lyon du 16 mai 1928, D.P. 1928.2.196, S. 1928.2.135, dont nous parlons infra. Mais généralement on fait la personne déterminée à laquelle exclusivement on adresse une offre est connue et souvent même agréée de l'offrant. Contra peut-être : Demogue, T. II, N° 552, p. 160.

son auteur, elle n'est point une offre produisant des effets juridiques (2) tant que son auteur n'a pas agréé la personne de l'acceptant (3). Dans les contrats conclus normalement intuitu personæ, l'offre n'est qu'une offre d'entrer en pourparlers : elle n'implique pas les conditions précises suffisantes pour la formation du contrat par simple acceptation. Les offres au public faites par voie d'affiches, de prospectus, d'insertions dans les journaux, etc..., qui sont généralement valables et peuvent être acceptées par n'importe qui, se voient, quand elles concernent les contrats intuitus personæ, privées d'effets juridiques tant que l'agrément de la personne qui les a acceptées par celui qui les a émises n'est pas intervenu. La nature du contrat avertit les tiers — acceptants possibles — qu'ils ne peuvent par simple acceptation de cette offre faire jaillir un contrat. Ainsi il n'y a pas d'offre véritable dans une annonce telle celle-ci : « situation de... par an, convient à ancien commerçant » (4). Il faut que le candidat se fasse connaître et soit admis comme cocontractant. De même, les individus qui stationnent dans les endroits où l'on vient selon l'usage engager

(2) Nous supposons, pour éviter toute contestation, qu'il s'agit d'une offre accompagnée d'un délai, car une telle offre (quand il s'agit d'un contrat non intuitus personæ) est obligatoire selon l'unanimité de la doctrine et la jurisprudence. Voyez Planiol, *Traité Élémentaire*, T. II, N° 981. Cpr. Capitani, T. II, N° 28.

(3) Quand aucune offre n'a été faite, le fournisseur de produits ou de services a le droit de choisir librement ses cocontractants, et cela qu'il y ait intuitus personæ ou non dans les contrats qu'il passe. Il n'y a là qu'une application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie prévu par la loi des 2-17 mars 1791. Voyez Morel « Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles », *Revue Trim.*, 1908, p. 289 et s.

(4) Demogue, T. II, N° 550, p. 154.

des domestiques ou des ouvriers ne font d'offre précise à personne et se réservent pleine liberté pour choisir la partie avec laquelle ils traiteront (5). Travaillant en effet en rapports étroits et constants avec la personne qui les embauche (cela est évident pour les domestiques — cela est vrai aussi pour les ouvriers agricoles employés par de petits exploitants) leur consentement au contrat est subordonné à l'appréciation par eux de la personne qui voudra traiter avec eux.

84. — Une cour d'appel (6) a récemment appliqué cette solution à un bail à loyer, en déclarant que « la location est un des contrats où l'intuitus personæ joue un rôle prédominant ». Si ce motif était vrai, si le contrat de bail concernant un appartement comportait normalement l'intuitus personæ, cette solution ne serait qu'une application du principe que nous venons d'exposer (7). Il en serait de même si, le contrat de bail ne comportant pas l'intuitus personæ, la volonté de l'offrant l'avait en l'espèce introduit (8). Mais quid si le contrat de bail n'est pas normalement intuitus personæ et si l'intuitus personæ n'a pas été introduit dans l'offre, par exemple sous forme de condition ? Faut-il alors, comme M. Voirin (9), critiquer la solution donnée ?

Nous ne le pensons pas. C'est qu'en effet, il n'y

(5) Planiol et Ripert, T. II, N° 971, p. 37.

(6) Lyon, 16 mai 1928, D.P. 28.2.196, note Voirin, S. 1928.2.135, et la note. Revue Critique 1929, p. 139 : Examen de jurisprudence par M. Desserteaux. Revue Trimestrielle 1928, p. 905 : Examen de jurisprudence par M. Demogue.

(7) C'est l'opinion de D. Demogue, loc. cit.

(8) C'est ce qui semble résulter d'autres motifs de l'arrêt — et c'est l'opinion de M. Desserteaux loc. cit. Il appartenait d'ailleurs à la cour, juge souverain du fait, d'apprécier si le bailleur avait entendu se lier définitivement.

(9) Dans sa note sous cet arrêt, loc. cit.

a pas que dans les hypothèses où se retrouve l'intuitus personæ proprement dit, l'intuitus personæ tel que nous l'avons défini (10), que l'offre n'est qu'une offre d'entrer en pourparlers, qu'elle suppose pour avoir plein effet juridique l'agrément de la personne qui s'en saisit. Il est en effet des cas où la considération de la personne de l'une des parties, sans être déterminante du consentement de l'autre, est cependant loin de lui être indifférente, et où de par la nature même du contrat, l'offrant se réserve (11) d'exercer un contrôle sur la personne des acceptants qui se présenteront (12). Un hôtelier, une personne qui exploite un établissement ouvert au public, comme un restaurant ou un café, bien qu'en état d'offre permanente vis-à-vis du public,

(10) Voyez supra notre Introduction.

(11) On explique traditionnellement cette solution par l'idée de réserve tacite. Voyez notamment Bufnoir « Propriété et contrat » 2^e édition, 32^e leçon, p. 467. Cpr. Planiol, T. II, n^o 971, p. 374 et s.

M. Demogue (T. II, p. 312 et s.) fait appel pour justifier ces règles particulières — en même temps que d'autres — au but social de l'entreprise et à son caractère de « service privé d'utilité publique ». Mais cette idée, si elle est séduisante pour l'explication de certains cas, n'est certainement pas à la base de toutes les hypothèses que nous avons passées en revue dans ce chapitre.

M. Sallé de la Marnierre dans sa thèse « L'évolution technique du contrat », Paris, 1930, fait appel pour expliquer cette règle — parmi d'autres — à la « notion de technique contractuelle, présomptive de volonté tacite ». Voyez notamment n^o 96 et s. p. 273 et s. Voyez aussi p. 266. Mais cette notion ne peut servir d'explication (à supposer qu'elle soit différente de la conception traditionnelle !). C'est qu'en effet la réserve de l'agrément se retrouve aussi en présence d'une hypothèse où la technique contractuelle est différente, dans le cas où l'offre est à personne déterminée, mais non encore agréée par l'offrant. Voyez la première note mise au bas de ce chapitre.

(12) Sur les développements qui suivent et les questions connexes, voyez notamment Morel loc. cit. ; Ricot « Le refus de contracter », th. Paris 1929.

ne sont pas définitivement obligés parce qu'une personne réclamera le service ou le produit offert en prétendant payer le prix demandé (13). Il en est de même d'un entrepreneur de spectacles (14). Ils ont en effet le droit et le devoir de ménager leur clientèle et de sauvegarder la bonne renommée de leur maison. C'est qu'en effet l'exécution des contrats que passent ces personnes suppose des contacts personnels avec les clients et entre les différents clients. On comprend aisément qu'une élimination de certains candidats-clients jugés indésirables puisse être nécessaire. Il y a en quelque sorte un *intuitus personæ* négatif ou *intuitus personæ noxiæ*. Il en va de même pour un locataire dont la personnalité, si elle n'est pas déterminante du consentement du bailleur, l'intéresse cependant soit quant à sa solvabilité, soit quant à sa situation de famille, sa profession, son honorabilité, son comportement possible vis-à-vis des autres locataires, etc... Dans tous ces cas et autres analogues — réserve faite des hypothèses où la personne en état d'offre permanente vis-à-vis du public jouit d'un monopole de droit ou de fait et par conséquent est obligée de contracter avec toute personne qui, remplissant les conditions, se présentera à elle — comme le contrat est teinté de la considération de la personne, les tiers pourront et devront soupçonner que la sollicitation n'est qu'une offre d'entrer en pourparlers et qu'un contrôle sur leur personnalité, s'ils veulent contracter, sera exercé. Les auteurs et la jurisprudence parlent

(13) Cass. 18 janv. 1862 D. P. 63. I. 485 ; Trib. Seine S. 92.2.189 ; Trib. Nice D. P. 94.2.139 (cités par Morel, op. cit.).

(14) Trib. de Pont-l'Evêque D. P. 80.3.22 ; Trib. Saint-Gaudens, Dalloz Rép. Gen. Alph. 1^{er} suppl. v^o Industrie n^o 135 n. I.

généralement dans toutes ces hypothèses « d'intuitus personæ ». Mais il faut remarquer qu'il s'agit alors d'un intuitus personæ entendu très largement (15). Le principe en effet qui a été exposé dans ce chapitre reçoit application non seulement en présence de l'intuitus personæ proprement dit, c'est-à-dire des hypothèses où la considération de la personne de l'un des contractants a une influence décisive sur le consentement de l'autre, mais aussi quand la considération de la personne vient colorer avec moins d'intensité l'opération envisagée. Il n'en reste pas moins que la présence de l'intuitus personæ proprement dit donne à l'offre de contrat une physionomie spéciale, bien que le phénomène se retrouve dans d'autres hypothèses où la considération de la personne n'est point déterminante. Il importait ici de signaler cette conséquence de l'intuitus personæ et de souligner la largeur d'application du phénomène.

85. — Quand il s'agit d'un contrat intuitus personæ, l'offre de ce contrat n'a que la valeur d'une offre d'entrer en pourparlers. Le contractant qui la fait a le droit de choisir la personne qui se présentera. Bien plus, si même après avoir accepté cette personne comme cocontractant, une qualité substantielle de cette personne disparaît au cours des pourparlers, au cours de la formation du contrat, il a le droit de refuser encore de contracter

(15) Ceci a été justement remarqué par M. Esmein dans le *Traité Pratique de Planiol et Ripert*, T. VI, n° 127, p. 165 : « Et l'on entend ici largement l'intuitus personæ qui est admis, quand l'exécution du contrat comporte un séjour de l'acceptant ou de personnes amenées par lui dans les locaux (Lyon, 16 mai 1928) ou véhicules de l'offrant, ou un service à fournir à la personne, ou la remise d'une chose à restituer en nature. »

en raison de ce fait. Il a même ce droit s'il avait cru (16) sans qu'il y ait faute de sa part (17) à l'existence de cette ou ces qualités quand il a agréé l'autre partie et qu'il s'aperçoit avant la formation définitive du contrat que son cocontractant ne les possède pas.

Mais il se peut qu'il ait cru à l'existence chez l'autre partie de cette ou ces qualités substantielles pendant toute la durée des pourparlers, si bien que le contrat est formé, et il s'aperçoit par la suite que son cocontractant n'a pas les qualités qu'il lui supposait et qui ont été déterminantes de son consentement. Pourra-t-il alors faire annuler le contrat en se basant sur son erreur ? Le chapitre suivant répond à cette question.

(16) A condition qu'il puisse démontrer son erreur et l'importance de cette erreur. Ce dernier point pourra l'être comme en matière d'erreur sur la personne lors de la formation même du contrat. En démontrant ces points, il s'exonèrera ici de toute responsabilité.

(17) Et la faute peut résulter du fait qu'il n'a pas pris de renseignements suffisants.

CHAPITRE II

LE JEU DE L'INTUITUS PERSONÆ DANS L'ERREUR SUR LA PERSONNE'

Le phénomène de l'intuitus personæ est intimement lié à la question de l'erreur sur la personne. Pour exposer son jeu en cette matière et l'origine de ce rôle, il est utile de rechercher sommairement le mécanisme actuel de l'erreur sur la personne dans les contrats et son origine. Nous envisagerons donc successivement :

SECTION I : L'erreur sur la personne.

SECTION II : L'intuitus personæ et l'erreur sur la personne.

SECTION I. — *L'erreur sur la personne*

86. — Le Code Civil traite de cette matière dans trois textes : l'article 180, à propos du mariage ; l'article 1110 al. 2 pour les contrats en général ; l'article 2053 enfin, qui est relatif à la transaction.

Laissant de côté le premier (1) et le dernier de ces textes qui visent des cas spéciaux et ne sont

(1) Sur « l'erreur dans la personne » en matière de mariage, voyez infra n° 93.

sans doute que des applications du principe à la base de l'article 1110 al. 2, nous envisagerons en détail ce texte. Il est ainsi conçu : « Elle (l'erreur) n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne doit la cause principale de la convention. »

Quel est le sens exact de ce texte ? Et d'abord d'où nous vient ce texte ?

A. — Il ne nous vient ni du Droit Romain, ni de Pothier, du moins quant à sa formule même.

a) En Droit Romain. — Les monuments qui subsistent de ce droit ne nous montrent nulle part un texte général en la matière ; ce sont quelques textes spéciaux (2) disséminés parmi les différentes matières étudiées. Mais le droit romain était-il arrivé à une conception générale de l'erreur sur la personne ?

Savigny (3) le pense, qui généralise lui-même les différentes données fournies par ces textes. La nullité pour erreur sur la personne — sur la personne dans son ensemble, dans son identité — entraînerait toujours, en droit, la nullité du contrat ; mais, en fait, on laisse subsister le contrat, on le ratifie même expressément, après la découverte de l'erreur, parce que souvent la substitution de personnes ne compromet aucun intérêt. Et chacun des contractants pourrait invoquer cette nullité.

(2) Fr. 3, § 2, D., de transactionibus 2, 15. Fr. 36, *verbis* Plane si D., *familiæ ereiscumdæ* 10, 2. Fr. 32, D., de rebus creditis 12, 1.

(3) Traité de Droit Romain — traduction Guénoux 1843. T. III, p. 280 et s.

Les autres romanistes (4), dans leur ensemble, paraissent plus prudents. Des cas expressément visés par les textes, il résulte que l'erreur sur l'identité de la personne (5) entraîne la nullité du contrat à cause du *défaut de consentement* qu'elle engendre : ainsi quand on reçoit les derniers en prêt d'une personne, croyant les recevoir d'une autre, le contrat de *mutuum* ne se forme pas (6). Et ceci explique que la nullité pourra être invoquée par les deux parties à l'inverse de ce qui a lieu dans notre droit.

Il semble que ces principes devaient être appliqués aussi au cas de donation et même au cas de contrat de bienfaisance puisque dans ces contrats l'erreur sur la personne (du bénéficiaire) entraîne semble-t-il le défaut de consentement.

Un romaniste moderne (7) pense que l'erreur sur l'identité du cocontractant entraîne la nullité du contrat, du moins dans les opérations juridiques conclus *intuitu personæ*, en considération de la personne avec qui l'on traite, telles que la société ou le mandat — et il ajoute : on paraît même en tenir compte dans le prêt de consommation (D. 12.1. fr. 32).

(4) Girard Manuel élémentaire de Droit Romain 1929, p. 490-491. Giffard, Précis de droit romain, T. II, 1934, n° 256, p. 145. Accariás, Précis de Droit Romain, 4^e édition, 1891. T. II, p. 39.

(5) L'erreur sur les qualités de la personne semble indifférente. Voyez par exemple Paul D. 18.2 De in diem add. 14.3 qui déclare valable même le contrat fait avec un esclave qu'on croyait libre.

(6) Celse D. 12.1. de reb. cred. 32 donne en pareil cas une condition (*Juventiana*) « non quia pecuniam tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest ; sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et æquum est ».

(7) R. Monier. Manuel élémentaire de Droit Romain, T. II 1936, n° 63, p. 94.

Mais comme aucun texte ne permet de voir l'erreur sur la personne intervenir *spécialement* dans les contrats que nous considérons comme intuitus personæ et que les textes en parlent à propos de contrats qui ne comportent pas nécessairement ce caractère personnel, nous ne retiendrons pas cette opinion.

De même, nous rejetterons l'hypothèse (8) — toute voisine — qui déclare romaine l'idée que l'erreur sur la personne (9) ou même sur une qualité (!) de la personne sera ou non une cause de nullité « selon que l'identité, l'individualité ou la qualité de cette personne est ou non un élément es-

(8) Voyez Mainz « Cours de Droit Romain » 1891, T. II, § 201, p. 156.

(9) Et pour l'auteur il s'agit, non de la personne avec qui on a l'intention de contracter, mais de la personne qui doit faire ou recevoir la prestation — ibidem, p. 157. Et Mainz explique la confusion que font à ce sujet les auteurs, par le fait que l'individu avec lequel nous contractons est ordinairement le même qui doit exécuter la prestation, objet de l'obligation.

Cette remarque séduisante est certainement fausse pour le droit romain. Appliquée à notre droit actuel, elle semble reposer sur une analyse inexacte des situations auxquelles elle s'appliquerait. Voyez supra 1^{re} Partie, Appendice du Chap. I : Contrats intuitus personæ où la personne dont la considération aurait été déterminante n'est pas un des contractants.

En réalité la considération de la personne qui doit exécuter la prestation peut être dans une certaine mesure considérée comme faisant partie de « la substance » convenue entre les parties au contrat. Il est quelquefois difficile de distinguer entre l'erreur sur la personne et l'erreur sur la substance. Ainsi l'erreur sur la personne choisie pour fixer le prix de la vente n'est-elle pas plutôt une erreur sur la substance ? Cette difficulté de discerner les deux catégories d'erreurs — erreur sur la personne et erreur sur la substance — nous semble devoir être plus fréquente dans les hypothèses où la personne qui doit exécuter ou recevoir la prestation n'est pas le contractant. Mais en réalité cela n'a guère d'importance, les deux erreurs obéissant aux mêmes règles — et le passage de l'une à l'autre, se faisant insensiblement dans la réalité des faits.

sentiel de la prestation qui fait l'objet de l'obligation que les parties avaient en vue de créer ». Cette solution qui est une partie de la doctrine peut être originale de Mainz sur la question de l'erreur en général, ne trouve pas d'appui dans les textes.

En résumé le Droit Romain n'a tenu compte en matière d'erreur sur la personne, que de celle portant sur l'identité — entraînant le défaut de consentement — et pouvant être invoquée par les deux parties — ces règles ne jouant semble-t-il que dans les contrats non formalistes.

Ce n'est donc pas du Droit Romain directement que nous vient le principe posé par l'article 1110 alinéa 2 du Code Civil.

b) Il ne semble pas non plus que la formule du Code vienne de Pothier (10). Ce dernier (11) emploie à deux reprises une formule qui a été critiquée comme trop compréhensive. « Toutes les fois, dit-il, que la considération de la personne avec qui je veux contracter, *entre pour quelque chose dans le contrat que je veux faire*, l'erreur sur la personne détruit mon consentement, et rend par conséquent la convention nulle. » Cette expression, qui est, au fond, un gros progrès sur le Droit Romain, n'exprime sans doute pas exactement la pensée de Pothier. Cette pensée apparaît nettement avec les exemples qu'il donne (donation, prêt à usage, com-

(10) Dans l'Ancien Droit — du moins dans le très ancien Droit — le formalisme fut aussi un obstacle à la reconnaissance de l'erreur sur la personne comme vice du consentement. Voyez la thèse de M. Mémin « Les vices du consentement dans notre Ancien Droit », p. 18 et s. Cpr. A. Esmein « Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français », 1883.

(11) Pothier « Traité des Obligations », par Bugnet, T. II, n° 19, p. 13 et 14.

mande d'un tableau à Jacques pris pour Natoire) et avec les autres expressions dont il se sert, par exemple : « l'erreur sur la personne détruit mon consentement » — par là Pothier veut seulement dire « sans cette erreur, je n'aurais pas consenti » — comme le prouve la suite du texte.

87. B. — Si la chose est dans Pothier la formule n'y est pas. On (12) a prétendu qu'elle se trouvait dans Domat, seconde source des inspirations des rédacteurs du Code en matière d'obligations. Et l'on a dit : comme dans Domat, le mot « cause » dont se sert l'article 1110 alinéa 2 du Code Civil est pris dans son sens technique, dans le sens que lui attribuent les articles 1108 et 1131 du Code Civil (13). L'erreur sur la personne ne serait qu'une erreur sur la cause. Et cela est bien vrai puisque la considération de la personne fait partie intégrante du but voulu par l'autre partie dans les contrats conclus intuitu personæ. Le mandant ou le conductor operis par exemple s'obligent en vue de s'assurer non les services d'un mandataire quelconque, d'un artiste quelconque, mais ceux de la personne même qu'ils ont choisie. S'ils commettent une erreur sur cette personne, le but qu'ils voulaient n'est pas atteint. Il y a bien erreur sur la cause.

Cette solution est d'ailleurs corroborée (en même temps d'ailleurs qu'elle sert à l'étayer) par la théorie de ces auteurs pour lesquels toutes les erreurs dirimantes de notre droit ne sont que des erreurs sur la cause.

(12) Célice, Thèse Paris 1922.

(13) Voyez notamment : Delachenal, *Revue Critique*, 1904 p. 596. Maury, Thèse Toulouse, 1920, T. I, p. 113. Célice, *op. cit.* Capitain, *La Cause*, 1923, n° 20, p. 43, *ibid.* p. 212.

Quant au point de savoir quelle est la nature de la sanction de l'erreur, il semble que cette question ait gêné les protagonistes de la nouvelle théorie. La difficulté vient de ce que la sanction édictée par le Code Civil est différente au cas d'erreur sur la personne (ou sur la substance) de celle attachée à la fausse cause. Dans le premier cas, en effet, l'article 1117 C. Civ. prévoit une action en nullité que tout le monde qualifie de nullité relative, nullité qui présente les caractéristiques suivantes :

a) doit être demandée ; b) ne peut l'être que par la personne dont le consentement a été vicié ; c) n'est possible que pendant dix ans, courant depuis le jour où l'erreur a été découverte (art. 1304) ; d) est susceptible de confirmation.

Tandis que pour la fausse cause l'article 1131 édicte la même sanction que pour l'absence de cause ou la cause illicite en disant que dans ces cas « l'obligation ne peut avoir aucun effet » — ce qui vise au moins une nullité absolue, sinon une inexistance : peut-être alors ne serait-il pas nécessaire de la demander, elle pourrait être mise en œuvre par toute personne, serait possible pendant trente ans et ne serait pas susceptible de confirmation.

Cette assimilation de l'erreur sur la personne — et des autres erreurs — à l'erreur sur la cause, malgré la difficulté relative à la nature de la sanction (14), paraît au premier abord séduisante par l'unité qu'elle donne à la théorie de l'erreur. Mais il convient d'examiner les différents arguments sur

(14) M. Capitant soutient qu'il y a nullité relative bien qu'il s'agisse d'une erreur sur la cause. Nous pensons que la difficulté n'a pas tellement d'importance étant donné le caractère relatif et arbitraire de la distinction des différentes nullités. Voyez sur ce point les thèses de Drogoul, Loyer et surtout Japiot.

lesquels elle repose. Nous ne les mettrons ici à l'épreuve que quant à l'assimilation de l'erreur sur la personne à l'erreur sur la cause — seul aspect intimement lié à notre sujet (15) — puisqu'il s'agit uniquement ici de rechercher le mécanisme de l'erreur sur la personne.

88. — La formule de l'art. 1110 alinéa 2 vient-elle bien de Domat ? Quel est son véritable sens ? Quelle est sa portée ? La formule même du Code Civil « cause principale de la convention » n'est pas expressément dans Domat. Celui-ci d'ailleurs n'envisage pas spécialement l'erreur sur la personne mais toute espèce d'erreur. Mais pour cette erreur en général, il est vrai qu'il exige pour sa prise en considération par le droit deux conditions : d'une part un rapport de causalité entre l'erreur et le consentement, d'autre part que la convention n'ait pas d'autre fondement qu'un fait contraire à la vérité, qu'une fausse cause (15 bis). Et les exemples qu'il donne sont nettement relatifs à la cause. Mais cette réunion des deux conditions n'est pas sans entraîner une espèce de confusion entre elles, ce qu'il dit ensuite le montre (16) : « si l'erreur de fait n'a pas été la seule cause de la convention, et qu'elle

(15) Nous pensons fermement d'ailleurs que la critique des arguments dans les autres parties de cette théorie pourrait être faite dans le même esprit que celle tentée au texte.

(15 bis) Domat « *Les lois civiles* » 1. I T. XVIII, sect. I, n° VII : « Si l'erreur de fait est telle qu'il soit évident que celui qui a erré n'a consenti à la convention que pour avoir ignoré la vérité d'un fait, et de sorte que la convention se trouve n'avoir pas d'autre fondement qu'un fait contraire à cette vérité qui était inconnue ; cette erreur suffira pour annuler la convention... ; car non seulement la convention se trouve sans cause, mais elle a pour fondement une fausse cause. »

(16) Ibid. n° VIII.

en ait quelqu'autre indépendante du fait qu'on a ignoré, cette erreur n'empêchera pas que la convention n'ait tout son effet ».

En résumé Domat exige que l'erreur soit la seule cause de la convention, et que cette convention n'ait pas d'autre cause que le fait ignoré. C'est peut-être de cette formule de Domat « seule cause de la convention » que vient la formule de l'article 1110 alinéa 2 « la cause principale de la convention » ; mais les rédacteurs du Code l'ont employée seulement à propos de l'erreur sur la personne (17).

La majorité de la doctrine moderne (18) admet que le mot « cause » n'est pas pris dans son sens technique dans l'art. 1110 alinéa 2.

D'ailleurs la formule du Code Civil — si elle est supérieure à celle de Pothier — n'est pas parfaite. Elle accole au mot « cause » l'épithète « principale ». Or il ne semble guère juste que la considération de la personne puisse être la cause principale de la convention. Elle fait partie du but visé, elle est un des éléments de ce but, elle n'est jamais ce but lui-même, la cause principale. Quand je commande un tableau à Natoire, la considération de la personne de Natoire intervient bien dans le

(17) Cette expression existe dès le début dans le projet présenté par Bigot-Préameneu et n'a pas été l'objet de contestation. Mais il convient de noter que Bigot-Préameneu résumant l'esprit de l'art. 1110 disait « en un mot, il faut que le juge puisse être convaincu que la partie ne se serait point obligée si elle n'avait pas été dans cette erreur ». Locré, p. 319.

D'autre part, Mouricault dans son discours du 6 Pluviose an XII, devant le Conseil d'Etat disait : « Il faut que l'erreur ait porté sur la substance même de la chose ou *sur le motif déterminant de l'engagement*. » Fenet, T. XIII, p. 417. Locré, T. XII, p. 554.

(18) Ripert. Règle morale, 2^e Edit., 1927, n^o 42, note 3 p. 83, Tréscartes, Th. De l'erreur dans les actes juridiques, 1908, p. 120.

but que je me propose mais ce n'est pas le but principal. Et même dans la donation, la considération de la personne du donataire n'est pas la cause principale de la donation (19).

(19) Certes, c'est peut-être la considération soit de Natoire, soit de la personne du futur donataire qui a *fait naître* et décider en moi la volonté de commander un tableau à Natoire ou de faire une donation à la personne. Mais même alors la cause véritable au sens juridique du mot, réside pour le premier cas *dans le désir d'acquérir un tableau du peintre Natoire* et pour la seconde hypothèse *dans le sentiment* qu'a provoqué en moi la contemplation, la considération de la personne : même dans ces cas — et il s'agit de ceux où le doute pouvait exister sur ce point — il ne semble pas que la contemplation de la personne ait été la cause principale de la convention. Cette considération colore la cause, *est une des considérations* déterminantes. Elle n'est pas, sauf hypothèse tout à fait exceptionnelle, *la cause principale de la convention*. Et combien cela est plus vrai et pour les hypothèses de commande de tableau ou de donation où ce n'est pas la considération de la personne du peintre ou du futur bénéficiaire, *qui a suscité, qui a fait naître* ce désir de passer cet acte juridique, mais est seulement intervenue, avec une forte intensité certes mais non exclusivement, dans la détermination à la passation de l'acte juridique et surtout pour les autres contrats passés intuitu personæ. Quoi qu'il en soit s'il ne faut pas prendre à la lettre la formule de l'article 1110, alinéa 2, du C. Civ., il faut néanmoins dans l'application de ce texte se tenir à son esprit. C'est seulement quand la considération de la personne aura été *une des considérations* déterminantes ou la considération déterminante, principale — (ce qui laisse supposer qu'il y en a eu aussi d'autres) que nous nous trouverons en présence d'un cas prévu par l'art. 1110, aliéna 2. Et cette interprétation est la plus conforme au texte, puisqu'elle donne alors un sens à l'adjectif « principale ». Cet épithète est *laissé de côté* par les partisans du sens technique du mot « cause » dans l'art. 1110 ! à moins qu'ils ne veuillent y voir un écho de la notion de cause impulsive et déterminante dans les libéralités — notion que la jurisprudence du xix^e siècle a fait revivre — renouant la tradition de l'ancien droit — mais qui ne semble pas avoir existé pour les rédacteurs du Code Civil (a).

(a) Dans les travaux préparatoires, la cause de la donation c'est toujours « l'animus donandi ». Pothier le disait aussi mais il donnait aussitôt des exemples et ne l'envisageait pas d'une façon abstraite.

Ce qu'exige l'art. 1110 al. 2 pour que soit prise en considération l'erreur dans le cas qui nous occupe c'est :

1° Que l'erreur porte sur la personne ;

2° Que cette erreur ait déterminé la partie à contracter de sorte que sans cette erreur sur la personne la partie n'aurait pas contracté.

En résumé il faut que l'erreur sur la personne soit déterminante, substantielle. C'est là l'esprit véritable du Code (20) qui cadre d'ailleurs fort bien avec celui de Pothier et même de Domat et qui se retrouve pour tous les vices du consentement.

SECTION II. — *L'erreur sur la personne et l'intuitus personæ*

89. — Pour entraîner la nullité du contrat il faut donc que l'erreur sur la personne soit déterminante (21). Et la grande difficulté pour mettre

(20) Les travaux préparatoires du Code sont significatifs ; Mouricault, devant le Corps Législatif, le 17 Pluviôse an XIII, disait (Fenet, T. XIII, p. 417) : « Il faut que l'erreur ait porté sur la substance même de la chose ou sur le motif déterminant de l'engagement. »

Bigot-Préameneu, le 6 Pluviôse an XII, avait dit devant le Conseil d'Etat (Loché p. 319) :

« Il faut, s'il y a erreur sur la personne, que la considération de cette personne ait été la cause principale de la convention : en un mot, il faut que le juge puisse être convaincu que la partie ne se serait point obligée si elle n'avait pas été dans cette erreur. »

(21) Voyez par exemple Req. 17 janvier 1911 D. P. 1911.561 dans un contrat de louage d'ouvrage le patron avait commis une erreur sur l'identité de l'ouvrier qui lui avait présenté les papiers d'un tiers. Mais la Cour déclare l'art. 1110

en jeu ce vice du consentement — comme les autres d'ailleurs — est de prouver le caractère déterminant de l'erreur, cette influence décisive sur le consentement. Il s'agit en effet de prouver un phénomène psychologique, ce qui est délicat ; mais — en nous en tenant à la notion d'erreur sur la personne — il suffira de prouver que dans cette situation envisagée la considération de la personne est normalement déterminante du consentement pour que le juge présume avec raison qu'en l'espèce elle l'est aussi. Ce serait alors à l'autre partie de prouver que, dans ce cas spécial, la considération de la personne a été exclue et que l'erreur n'a donc pas eu d'influence décisive. On le voit, le critère de l'erreur déterminante « s'objective » (22) — pour l'erreur sur la personne — dans la notion de l'intuitus personæ. Il n'y a d'erreur sur la personne entraînant l'annulation du contrat que là où il y a intuitus personæ. En présence d'un contrat comportant normalement l'intuitus personæ, il suffira que la partie ayant eu intérêt à choisir son cocontractant prouve qu'elle s'est trompée sur cette personne ou sur ses qualités (23). Le juge en effet, tirant de la nature du contrat (qui est par hypo-

al. 2, inapplicable parce que « il y a lieu de penser que si l'ouvrier avait produit ses propres pièces (qu'il n'avait pas alors en sa possession) il aurait été embauché sans difficulté ». L'erreur n'était pas déterminante.

(22) Jossierand. Les mobiles, n° 44, p. 57.

(23) Voyez pour la qualité d'israélite d'un représentant de commerce : Besançon, 5 juillet 1899, S. 1903.2.177 note Wahl ; pour les capacités exceptionnelles chez un ouvrier : Trib. féd. Suisse, 26 mars 1892, Annales de droit commercial, 1893, p. 143. Dans ces deux cas, le Tribunal constate que la volonté des parties aurait pu introduire ces qualités spéciales dans l'intuitus personæ mais que sans une pareille volonté, on ne peut raisonnablement considérer que ces qualités ont été déterminantes.

thèse de comporter l'intuitus personæ) une présomption en faveur du caractère déterminant de l'erreur, déclarera en principe l'article 1110 alinéa 2 du C. Civ. applicable. Ce sera alors à l'autre partie de démontrer que l'intuitus personæ a été exclu de ce contrat par la volonté des parties, ou que la qualité de la personne déterminante du consentement de l'autre contractant ne faisait pas partie du contenu de l'intuitus personæ en l'espèce (24). On voit le rôle important que joue l'intuitus personæ, donc l'utilité de la détermination de ses conditions d'existence et de son contenu. Nous n'avons pas ici à exposer en détail le rôle de l'intuitus personæ, ce serait traiter sous un aspect spécial la question de l'erreur sur la personne (24). Nous nous contenterons de signaler un aspect important de la question de l'erreur sur la personne, aspect touchant à l'existence de l'intuitus personæ (A) et à traiter sommairement de l'erreur sur les qualités de la personne — question touchant au contenu de l'intuitus personæ (B) — et qui nous amènera à envisager d'une part l'erreur sur la solvabilité, d'autre part « l'erreur dans la personne » en matière de mariage (art. 180 C. Civ.).

90. A. — Quand on passe en revue les diffé-

(24) Nous renvoyons aux ouvrages généraux, notamment à : Duranton : Cours de droit français suivant le Code Civil, T. X, n^{os} 119 et s., p. 101 et s.

Demolombe, T. XXIV, n^o 121 ; Larombière, T. I, sous art. 1110 ; Laurent, T. XI, n^o 128 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, T. I, n^o 66 ; Aubry et Rau T. IV, § 343 bis ; Demogue, T. I, n^o 240, p. 393 et s. ; Planiol, Ripert, Esmein, T. VI et aux ouvrages spéciaux, notamment :

Josserand, Les mobiles, n^o 43 et s. p. 57 et s. ; Célice, th. Paris 1922, p. 147 et s. ; Trescartes, th. Aix 1908, p. 119 et s.

rents cas où les tribunaux ont eu à statuer sur l'application de l'article 1110 al. 2, une constatation importante s'impose à l'observateur : la notion de l'intuitus personæ dans le mécanisme de l'erreur sur la personne semble tantôt distendue, tantôt comprimée, comme par un effet d'optique — et cela peut-être sous l'influence de deux causes, qui pourraient agir isolément, mais qui généralement unissent leurs effets : d'une part l'atmosphère morale de la passation du contrat, la moralité des parties, d'autre part un procédé de raisonnement vicieux.

Que la moralité des parties exerce une influence décisive sur la sentence du juge en matière d'erreur, cela n'est pas pour surprendre ceux qui reconnaissent à la théorie des vices du consentement un aspect moral (25). D'abord, il arrive fréquemment

(25) Cet aspect moral de la théorie des vices du consentement a été mis en lumière par M. Ripert dans *La Règle morale* n° 41 et s. p. 79 et s. Pour cet auteur, la théorie des vices du consentement ne peut s'expliquer uniquement par l'analyse de la volonté. Voici un passage particulièrement convaincant (n° 41) :

« Il me paraît extrêmement douteux que la théorie des vices du consentement puisse être justifiée et appliquée en se basant sur cette analyse psychologique. Alors même que sa subtilité ne déconcerterait pas, elle ne permet guère de comprendre le fonctionnement des règles légales. L'origine même de la théorie, sortie des délits prétoriens, l'influence certaine que le droit canonique a dû avoir dans cette analyse portant sur la valeur de la parole donnée, le caractère légal de la nullité résultant des vices, établie comme nullité relative au profit de la seule personne lésée, l'application faite par la jurisprudence de cette action en nullité dans toutes les hypothèses où la suppression du contrat lui paraît être la meilleure réparation, tout cela donne à penser que la théorie des vices du consentement ne peut s'expliquer entièrement par l'analyse psychologique de la volonté créatrice du droit. Elle a été admise pour permettre la protection d'un contractant qui lutte dans le contrat avec des armes inférieures et pour empêcher que l'autre partie ne tire avantage de cette infériorité, connue d'elle et quelquefois créée par elle. »

que les tribunaux, tout en déclarant appliquer l'article 1110 al. 2 — ce qui pour nous suppose qu'il y a *intuitus personæ* — font aussi appel à la notion de dol dont ils constatent les éléments. Or le contrat peut être annulé pour dol sans que l'existence de l'*intuitus personæ* soit nécessaire (26). En présence d'un dol en effet dont les conditions d'application sont réalisées, il n'est plus nécessaire que l'erreur sur la personne soit déterminante. Dans ces hypothèses par conséquent où erreur et dol sont constatés simultanément, il faut être prudent avant de voir, d'enregistrer l'application de l'article 1110 al. 2, c'est-à-dire l'existence de l'*intuitus personæ* et son influence au point de vue de l'erreur. Et cette remarque est d'autant plus importante que dans la vie pratique la prise d'une fausse personnalité est généralement accompagnée de manœuvres frauduleuses. Mais, il y a plus : en l'absence d'un dol nettement caractérisé, de manœuvres constitutives de dol, quand il y a seulement une certaine mauvaise foi, une certaine pensée de fraude à la charge du défendeur en nullité, le juge reconnaît plus facilement l'efficacité de l'erreur sur la personne, donc l'existence de l'*intuitus personæ*. Et les tribunaux constatent parfois eux-mêmes dans les attendus de

(26) Quelquefois il y a dol et erreur sur la personne, déterminante : l'art. 1110 al. 2 ou l'art. 1116 peuvent être invoqués : ex. : Trib. Seine 9 juillet 1875, cité au J. S. 1880, 357 ; il y a *intuitus personæ* et erreur sur la personne (il s'agit d'une société — et l'un des contractants ne découvre la véritable identité de son cocontractant que plus tard). Il y a aussi dol puisqu'il y a eu « dissimulation » des antécédents, sans laquelle le consentement n'aurait pas été donné (le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter. Voyez Cass. Req. 23 mai 1933 D. P. 1933.1.143. Cpr. Capitant, T. II n° 42, p. 39).

leur jugement cette influence qui se fait sentir sur leurs décisions (27). D'autres fois, et à l'inverse, ils sont plus difficiles pour reconnaître l'existence de l'erreur sur la personne — et donc l'existence de l'intuitus personæ, soit qu'il y ait une faute de celui qui a commis l'erreur (28), soit par exemple, que le tribunal estimant que l'erreur apparaît comme peu vraisemblable (par exemple quand l'adresse de la personne avait été donnée) conclut que la considération de la personne avait peu d'importance dans ce contrat (29) !

Dans la plupart de ces hypothèses, les tribunaux, approuvés en général par la doctrine, admettent que la considération de la personne a été déterminante, alors pourtant que le contrat ne comporte pas normalement l'intuitus personæ et que nul motif de la décision ne justifie son introduction dans l'espèce par la volonté des parties. C'est qu'alors la considération de la personne n'était peut-être pas indifférente, mais le juge en concluait qu'elle était déterminante. Or ce n'est pas parce que la considération de la personne intervient dans une

(27) Le Tribunal civil de Nantes par exemple appliquant l'article 1110 al. 2 à un bail de maison : 10 juillet 1894, Gaz. Pal. 1894, 2. 176 : « Attendu d'autre part qu'il convient de tenir grand compte, dans l'appréciation des faits, de la bonne foi de la partie sur la personne de laquelle l'autre se serait trompée, car, si même, sans qu'on puisse trouver dans une espèce les manœuvres vraiment constitutives de dol, on y rencontre une fraude ou des omissions calculées et habiles, le juge doit, au point de vue de l'erreur, en ressentir une impression alors décisive. »

(28) C. Bordeaux, 5 mars 1917, Gaz. Trib. 22 août 1917 : « s'est imprudemment engagé ».

(29) Trib. com. Marseille, 12 avril 1920, Rec. Marseille 1920, 1. 1930.

certaine mesure qu'elle est déterminante (30) : elle peut ne pas l'être. Et généralement le juge est amené à adopter ce point de vue erroné par un raisonnement qui nous semble vicieux. Pour être convaincu que la considération de la personne a été déterminante, il se base sur ce qu'en l'absence de telle qualité de la personne, l'autre partie n'aurait pas donné son consentement au contrat. Or si ce raisonnement peut servir de contre-épreuve (31), il n'est pas toujours exact, en tout cas suffisant pour l'établissement de l'influence décisive de la considération de la personne ou d'une de ses qualités. Ce n'est pas parce qu'en l'absence de telle qualité de la personne l'autre contractant n'aurait pas consenti, qu'il a nécessairement consenti en raison de cette croyance en l'existence de cette qualité chez son contractant. Notre point de vue semble un défi à la logique. Des exemples permettent d'éclairer notre observation. Vous confiez un objet à un petit entrepreneur de transport. Avant que le contrat soit exécuté, vous apprenez que cet entrepreneur qui effectue le transport en personne au moyen de son auto-camion par exemple, a coutume de s'enivrer. Pouvez-vous demander l'annulation du contrat, pour erreur sur la personne (toute question de l'intuitus personæ mise à part) ? Si l'on applique le raisonnement qu'emploient quelquefois les juges et les auteurs, il semble que vous

(30) Cpr. sur un point de vue à peu près identique : Cézard-Bru dans le supplément T. VI 1927 au Répertoire alphabétique du droit français (Sirey) v° Erreur n° 46. Il nous semble cependant que cet auteur force un peu ce point de vue à propos du bail à ferme (N° 46.2).

(31) Voyez par ex. : Trib. Seine 9 juil. 1875 J. S. 1880, p. 357 : « il est évident que si les antécédents... » cpr. Req. 17 janv. 1911 D. P. 1911.561.

en ayez le droit : il est en effet certain que si vous aviez connu cette qualité de l'entrepreneur, vous n'auriez pas consenti.

Il nous semble qu'en employant ce raisonnement, on croit trop souvent à l'existence de l'intuitus personæ et on applique à tort l'article 1110, al. 2 du Code Civil. Généralement il s'agit dans ces hypothèses de qualités qui rendent la personne indésirable (il peut donc être question d'intuitus personæ négatif, ou intuitus personæ noxiæ). Et la plupart du temps la personne qui avait ces « qualités » les a dissimulées lors de la formation du contrat — la moralité de la partie influe alors aussi sur la décision du juge, comme nous l'avons vu (33). Mais dans tous ces cas il nous semble que l'intuitus personæ proprement dit — réserve faite de son introduction par la volonté des parties — n'a rien à voir en l'espèce, donc aussi l'erreur sur la personne (33). Il pourra seulement y avoir lieu à résolution du contrat pour inexécution, plus spécialement en matière de bail résiliation pour abus de jouissance, si les conditions en sont réunies (34). Mais l'erreur n'a

(32) Trib. Nantes, 10 juillet 1894, Gaz. Pal. 1894.2.176, déjà cité. C. Appel de Milan, 27 oct. 1908, S. 1909.4.13 et note Sirey. Cpr. Trib. com. Marseille, 6 mars 1923, Rec. de Marseille 1924.1.415 ; Angers 4 mai 1921, D.P. 1921.2.125 ; S. 1922.2.11 ; Nancy, 21 fév. 1934, S. 1934.2.150.

(33) Voyez peut-être en ce sens, Trib. Paix, Alger, 10 déc. 1902. Journ. Tribx. Algériens, 18 fév. 1903 : la nullité ne peut être demandée contre une femme dont l'honorabilité n'est pas sans doute parfaite, mais qui reçoit ses amants sans scandale dans l'immeuble loué.

(34) Souvent les tribunaux ont décidé que les conditions de l'abus de jouissance n'étaient pas réalisées. Voyez notamment : Bourges, 21 mars 1898, S. 98.2.266 : la Cour maintient le bail alors même que le preneur habite l'immeuble

pas à s'appliquer et le contrat est valable. Ici, en matière d'erreur sur la personne, seul compte l'intuitus personæ véritable, à la différence de ce qui a lieu à propos de l'offre du contrat où la prise en considération de la personne même non déterminante suffit. Peut-être cette différence est-elle tout à fait rationnelle : il faut être en effet plus exigeant pour admettre l'annulation d'un contrat formé que la caducité d'une offre de contrat.

91. B. — Quand la considération de la personne aura été déterminante, l'erreur sur la personne entraînera la nullité du contrat. Mais il convient de rappeler ici que pour être déterminante, l'erreur ne doit pas obligatoirement porter sur toute la personne. Il est inutile que l'on se soit trompé de personne, que l'on ait traité avec Jean croyant contracter avec Pierre (35). Il suffit que l'erreur porte sur une ou plusieurs qualités de la personne pourvu que cette ou ces qualités soient substantielles, déterminantes. C'est en contemplation de ces qualités que le consentement de l'un des contractants est intervenu : la formation du contrat a été subordonnée à l'existence de ces qualités comme son maintien à leur persistance. Si ces qualités n'existent pas au moment de la formation du contrat, le consentement est vicié par l'erreur au même degré que si on avait erré sur la personne dans son identité même. Cette solution unanimement admise aujour-

avec une concubine chanteuse de café concert et qu'il existe cette circonstance aggravante que le bailleur est un établissement congréganiste.

Trib. de Paix de Paris (5^e) 8 fév. 1907. La Loi, 9 fév. 1907.

(35) C'était peut-être la conception de Pothier

d'hui par la doctrine (36), et la jurisprudence (37) françaises a d'ailleurs été consacrée par les législations récentes (38). L'erreur sur une ou plusieurs qualités de la personne quand cette ou ces qualités de la personne sont substantielles, déterminantes du consentement produit le même effet que l'erreur sur la personne lorsque la considération de cette personne est décisive. Mais à ce principe il est, semble-t-il, deux exceptions : elles concernent d'une part l'erreur sur la solvabilité, d'autre part l'erreur dans la personne en matière de mariage.

92. — a) La solvabilité est généralement considérée comme une qualité de la personne. Pourtant il semblerait de prime abord que ce ne soit pas une

(36) Demolombe, t. 24, n° 121 ; Baudry et Barde, t.I, n° 63 ; Colin et Capitant, n° 38, p. 35 ; Demogue, t.I, n° 215 et s., p. 355 et s., note au S. 1920.1.257, sous Cass. civ., 6 janvier 1913 ; Josserand. Les mobiles, n° 39, p. 55 ; Trencart, th. 1908, p. 19 et s. ; Célice, th. Paris, 1922, p. 147 et s.

Contra cependant P. E. Valette, th. Paris 1895, p. 30 et s. pour qui les rédacteurs du C. Civ. n'ont pu vouloir élargir la doctrine de Pothier en employant une formule plus restrictive que celle du maître : il faudrait donc que l'erreur se traduise par une substitution de personnes, qu'elle porte sur l'identité même.

(37) Trib. Seine, 5 déc. 1912, Gaz. Trib. 1^{er} sem. 281, qui serait la première décision consacrant ce point de vue, pour M. Demogue : Revue Trimestrielle 1913, p. 416. Il nous semble que des décisions antérieures avaient déjà adopté ce point de vue : Ex. : Trib. com. de Nantes, 11 fév. 1905, Rec. de Nantes, 1905.1.335 (qualité de commerçant) en réalité solvabilité. Cpr. Trib. Suisse, 26 mars 1892, Annales de droit commercial, 1893, p. 143, et Besançon, 5 juillet 1899, S. 1903.2.177, note Wahl.

(38) Art. 1119, § 2, C.Civ. allemand ; art. 1333, C.Civ. allemand (mariage) ; art. 124, 2°, C.civ. suisse (mariage).

C'est aussi le point de vue du Projet de Code Franco-Italien des obligations, article 15, al. 2. Voyez le développement de ce point dans Viforeanu, th. Paris, 1932, p. 24.

qualité de la personne puisqu'envisagée à un moment précis donné (d'un point de vue statique) elle dépend plus du patrimoine d'un individu que de sa personne même. Et à ce point de vue il semble même qu'elle est transmissible aux héritiers, au moins dans la majorité des cas. Mais ce point de vue est trop restrictif, car les notions de personne et de patrimoine se compénètrent et cela apparaît bien si l'on envisage la solvabilité du point de vue dynamique, c'est-à-dire non plus seulement en un moment donné mais pendant une certaine durée. Il apparaît alors que la solvabilité résulte et de l'élément patrimoine (39) et de la personne qui gère ce patrimoine. Et l'on comprend alors que la solvabilité soit considérée comme une qualité de la personne qui possède ce patrimoine et en assure la gestion. C'est une qualité de la personne fondée à la fois sur l'élément patrimoine qu'elle a et sur ses capacités personnelles quant à la gestion de ce patrimoine. C'est une qualité complexe, faite d'un faisceau de deux groupes d'éléments — mais c'est une qualité de la personne. Ce point de vue qui fait de la solvabilité une qualité de la personne est celui de la grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence (40).

Mais cette qualité de la personne qu'est la solvabilité est considérée comme une qualité accidentelle dans les contrats (41), si bien que l'erreur sur la solvabilité n'est pas considérée comme une erreur

(39) Si on ne veut voir dans la solvabilité que l'élément résultant du patrimoine, il semble impossible de la considérer comme une qualité de la personne.

(40) Voyez un cas spécial où le Tribunal n'a pas considéré la solvabilité comme une qualité de la personne : Trib. civ. Seine, 3 août 1897, D.P. 98.2.51.

(41) Jossierand. Les mobiles, n° 35, p. 50.

dirimante (42). La solvabilité ne ferait pas partie de l'intuitus personæ. La Doctrine est sur ce point quasi unanime et invoque à l'appui de son opinion deux décisions de jurisprudence (43) dont un arrêt de cassation de la Chambre civile. Et cette opinion semble la plus conforme au besoin de stabilité des conventions et à la nécessité d'éviter des demandes en justice, nombreuses et inconsidérées, de contractants qui se jugeraient lésés, après la formation du contrat, si la solution contraire était admise (44). D'ailleurs la loi n'interdit pas au failli de se livrer à des opérations commerciales (45), c'est donc que la

(42) Jossierand, loc. cit. ; Colin et Capitant, t. II, n° 40, p. 38 ; Voirin, dans sa note au D.P. 1928.2.196 ; Demogue. t.I, n° 237, p. 389, qui cite aussi, note (5), l'opinion de la doctrine italienne : Fubini Locazione di cose, t.I, n° 178 ; Coviello, Dir. civ. Italiano, t.I, p. 375.

(43) Civ. cass. 5 août 1874, D.P. 75.1.105, S. 74.1.437 ; trib. civ. Seine, 3 août 1897, D.P. 98.2.51.

(44) Le Trib. civ. de la Seine, dans son jugement du 3 août 1897 précité, semble apercevoir ce point de vue lorsqu'il déclare « cet argument pourrait s'appliquer à toute personne qui a fait une opération mauvaise ».

(45) Bordeaux, 5 mars 1917, Gaz. Trib. 22 août 1917. On peut, de cet argument, rapprocher celui que donne Coviello (loc.cit.) et qu'accepte M. Demogue (loc.cit.) à savoir que le législateur quand il veut reconnaître à la solvabilité une importance capitale, le fait clairement.

Ces arguments sont loin d'être décisifs. Il ne s'agit pas de savoir l'importance que le législateur accorde à la solvabilité dans tels et tels cas (qui d'ailleurs n'ont rien à voir avec l'erreur — voyez cependant, l'article 1276, C.Civ.) mais bien celle que lui accordent les parties dans les différents contrats.

Quant à l'argument indiqué au texte et que la Cour de Bordeaux a fait sien, il ne prouve rien : le législateur n'a certainement pas envisagé le cas d'erreur sur la personne du failli, plus spécialement sur la solvabilité. D'ailleurs, l'art. 1110, al.2 est applicable aux faillis comme aux autres. Et ce n'est pas parce que l'erreur sur la solvabilité pourrait être déterminante que le failli ne pourrait plus contracter valablement, car ce n'est pas toujours que l'erreur sur la solvabilité (au sens que nous donnons à ce mot) est déterminante.

solvabilité n'est pas déterminante dans les contrats. Et si elle l'était, la victime de l'erreur sur cette qualité ne pourrait se plaindre puisqu'elle serait responsable de ne pas s'être informée de la condition financière de son cocontractant (46).

Personnellement, nous estimons que cette opinion est trop absolue et que l'on tend trop à la considérer comme un dogme. Il y a des cas en effet où la solvabilité entendue largement (47) est une qualité déterminante du consentement de l'un des contractants, où la solvabilité est le contenu le plus actif de l'intuitus personæ. Cela est d'abord incontestable quand les parties ont fait dépendre le contrat et son maintien de l'existence et de la persistance de cette qualité en la personne de l'une d'elles ou des deux, quand cet intuitus personæ a été introduit dans le contrat. Mais cela est vrai aussi dans certains cas où cette qualité est d'une façon normale — sans qu'il soit besoin d'une volonté en ce sens — une considération déterminante du consentement au contrat de l'un des contractants. Le prêt d'argent, sans garantie d'aucune sorte, sous quelle que

(46) Cpr. Lenel « in Hering's Jahrbücher XLIV, p. 42 ». Mais cette considération n'est pas toujours vraie, si bien que le problème reste entier. Et si elle était vraie pour la qualité de solvabilité, elle le serait aussi pour toutes les autres qualités décisives. Cpr. la question de savoir si le mandataire a l'obligation de se renseigner sur la solvabilité de la personne avec laquelle il traite pour son mandant :

Responsabilité : Montpellier 6 fév. 1893, D.P. 94.2.212, S. 94.2.208 ; Req. 24 fév. 1909, D. P. 1909.1.350, S. 09.1.156 ;

Non responsabilité : Civ. 19 juillet 1864, D.P. 64.1.481 ; Req. 1 fév. 1903, D.P. 1904.1.113.

(47) C'est-à-dire comprenant non seulement la solvabilité reffet exclusif du patrimoine, mais aussi les aptitudes financières de l'individu, son crédit, etc... mais où l'élément le plus important est l'élément patrimonial.

forme qu'il se retrouve (48) constitue une des illustrations les plus typiques de ces cas (49). Nous l'avons déjà vu et signalé et nous avons indiqué qu'il s'agissait d'un intuitus personæ de confiance visant la garantie d'exécution de l'obligation (50) ; sans la croyance en l'existence de la solvabilité de l'une des parties, l'autre contractant n'aurait certainement pas donné son consentement. Il a agi parce qu'il avait confiance dans les capacités financières (lato sensu) de la personne avec qui il traitait, confiance plus spécialement dans sa solvabilité. Cet intuitus personæ à adhérence patrimoniale se retrouve aussi dans d'autres contrats, tel le mandat, telle la société. Pour ces deux contrats il existe d'ailleurs un argument de texte décisif (51) pour admettre que la considération de la personne sous son aspect financier, sa solvabilité, peut être déterminante : ce sont les articles 2004 et surtout 1865 du code civil qui déclarent respectivement que le mandat et la société prennent fin par la déconfiture (52) du mandataire et de l'un des associés. L'idée à la base de ces textes est bien connue : la considération de la personne sous son aspect financier (c'est-à-dire essentiellement

(48) Par ex. dans la vente à crédit. Cpr. Josserand. Les mobiles, n° 50, p. 64.

(49) Dans l'hypothèse toute voisine de l'ouverture de crédit, où il y a plutôt promesse de prêt (bien que ce point soit discuté) l'erreur sur la solvabilité serait déterminante. M. Esmein admet formellement ce point de vue à son Cours. 2^e Année, 1935-1936 (3, place de la Sorbonne), p. 134.

(50) Supra, n^{os} 20 et 36.

(51) On peut aussi tirer argument des articles 1276, 1612, 1613 du code civil, — tout au moins de leur esprit — et peut-être aussi, mais en partie seulement (car une autre idée est aussi et principalement à la base de ce texte) de l'article 1188 C. Civ.

(52) Nous n'ignorons pas que la déconfiture n'est pas l'insolvabilité.

quant à sa solvabilité) était un élément capital du contrat. Cet élément disparaissant, on suppose aux parties la volonté de considérer le contrat comme dissous : le maintien du contrat était subordonné à la persistance de cette qualité. A fortiori doit-on décider en principe que la formation du contrat était subordonnée à l'existence de cette qualité chez les contractants, que la considération de cette qualité était décisive du consentement. L'opinion inverse nous paraît insoutenable : en effet, si on ne devait pas admettre dans ces contrats l'erreur sur la solvabilité quand elle a existé, pratiquement quand le contrat a été passé alors que l'un était en déconfiture et que l'autre partie l'ignorait, ce contrat existerait et continuerait à produire effet malgré la déconfiture de l'une des parties — alors que dans l'hypothèse moins favorable où la déconfiture survient après la formation du contrat, celui-ci cesse de produire effet.

Il est d'autres cas aussi où l'on admet que la considération de la personne est essentielle — et où cette considération de la personne englobe notamment la solvabilité. Ainsi pour le bail à ferme (53),

(53) Angers, 4 mai 1921, D.P. 1921.1.125, S. 1922.2.11. La Cour déclare notamment « ...qu'il est certain, en effet, que le bon ordre de la ferme, son exploitation régulière, sa restitution en bon état et le paiement du prix, dont la personnalité du fermier est la garantie, sont prises en principale considération... que l'association conjugale présente au point de vue de l'exécution du bail et *notamment de la solvabilité du fermier*, des garanties qu'on ne saurait trouver dans l'union occasionnelle de deux concubins, surtout si comme dans l'espèce, l'un d'eux est, d'autre part, engagé dans les liens d'un mariage légitime... »

Cpr. en ce sens pour l'appréciation de cet arrêt :

Demogue, *Revue Trimestrielle* 1922, p. 179, n° 8.

Cet arrêt nous semble bien motivé sur ce point puisqu'il va rechercher derrière l'identité, les véritables qualités dé-

quand l'erreur sur la solvabilité se produit par l'intermédiaire d'une erreur sur l'identité, les auteurs admettent la nullité et ils la rejettent (54) quand elle se produit seule — alors pourtant que tout le monde admet la possibilité d'erreur dirimante portant seulement sur les qualités de la personne ! L'opinion que nous soutenons semble être aussi celle de la jurisprudence la plus récente (55). Il convient ici

terminantes. Il faut d'ailleurs remarquer qu'il fait aussi état, au moins dans ses motifs, du dol ; nous avons, ailleurs, remarqué qu'il était critiquable quand il déclarait que « dans les contrats à titre onéreux la considération de la personne contractante sera le plus souvent la cause principale de la convention. » Voyez aussi, pour une promesse d'achat de fonds de commerce avec paiement d'une partie du prix à terme (ce qui indirectement visait l'obligation d'exploiter pour le ménage). Montpellier, 6 nov. 1936, S. 1937.2.176.

(54) Voyez cependant M. Josserand « Les mobiles », n° 50 p. 64 qui, à propos de la vente à crédit, déclare, timidement à notre avis : « théoriquement, il n'est pas inutile de constater que l'erreur sur la personne (entendez sur la solvabilité) serait à elle seule, susceptible d'altérer le consentement et de viciar le contrat ».

(55) Outre l'arrêt précité d'Angers, voyez aussi :

Trib. com. Marseille, 6 mars 1923 : Rec. de Marseille, 1924.1.415. Ce jugement nous semble capital pour illustrer notre opinion, bien que le tribunal y parle de « dissimulation » (ce qui pourrait être considéré comme un dol).

Il s'agissait d'une vente d'une chaudière de chauffage central accompagnée de plusieurs garanties et pendant les pourparlers le vendeur était admis au bénéfice de la liquidation judiciaire sans que l'acheteur le sache. L'apprenant après la formation du contrat, il refusa de donner suite à la commande. Assigné en paiement du prix convenu et de dommages et intérêts, il demande reconventionnellement la nullité pour erreur. Voici par quels motifs le Tribunal prononce cette nullité : « Att. qu'en traitant, la société F. et S. avait promis à Blanc une garantie de bon fonctionnement d'un an et une garantie de deux ans contre tous vices de construction et de matière, à dater de l'essai d'étanchéité ; que cette double garantie, étant donné la nature des accords, constituait un élément essentiel de ceux-ci, et qu'elle ne pouvait utilement valoir que par la solvabilité de ceux qui devaient la

de remarquer aussi que la jurisprudence ancienne qui est invoquée en faveur de l'opinion inverse est peut-être critiquable (56).

Enfin il est une hypothèse où la considération de la solvabilité est d'une importance primordiale : le marché de spéculation (au sens technique du mot) : dans ce cas en effet l'absence de solvabilité chez l'une des parties équivaut pour son cocontractant à cette alternative inévitable ou de devoir exé-

faire sortir à effet ; qu'elle se trouvait écartée par la liquidation judiciaire, et que le silence gardé sur ce point capital par la société F. et S. ne s'explique que par la crainte, si elle avait risqué la solution difficile, de détourner l'intéressé de l'affaire à traiter ; que l'ignorance dans laquelle ce dernier a été tenu de la modification grave survenue dans la solvabilité de son cocontractant a eu comme résultat de vicier son consentement en l'entachant d'une erreur portant sur un élément substantiel de l'objet des accords, et entraînant, par voie de conséquence, leur annulation, la solvabilité du gérant étant l'unique raison d'être de la clause de garantie. »

Trib. de com. de Nantes, 11 fév. 1905 (vente avec paiement à terme — erreur sur la qualité de commerçant en réalité, sur la solvabilité) Rec. de Nantes 1905.1.335.

Trib. com. Marseille, 12 déc. 1927. Rec. de Marseille 1928.1.89 (commerçant qui se faisait passer pour une société et trompait (dol) ainsi les tiers contractant avec lui sur l'étendue du crédit qu'il convenait de lui accorder).

Bordeaux, 5 mars 1917, Gaz.Trib., 22 août 1917 (motifs a contrario).

Trib. com. de Marseille, 12 avril 1920, Rec. de Marseille 1920.1.330 (motifs, a contrario).

(56) L'arrêt de cassation de la chambre civile du 5 août 1874 (D.P. 1875.1.105), dont la solution paraît d'ailleurs contraire à l'équité, considère que l'erreur ne portait pas sur l'identité du banquier — cependant il admet bien que la solvabilité est une qualité accidentelle (dans le contrat de compte-courant). Il n'y avait pas que cette question qui d'ailleurs se posait.

Quant au jugement du trib. civ. de la Seine du 3 août 1897 (D.P. 98.2.51) il envisageait la solvabilité comme « qualité accidentelle de la chose faisant l'objet du contrat » (il s'agissait de la liquidation judiciaire d'une société d'Assurances Mutuelles).

cuter ses obligations si le marché tourne à son désavantage ou, dans le cas contraire, de voir sa contrepartie se dérober aux siennes : il semble bien ici que la considération de la solvabilité est tout dans la détermination de la victime de l'erreur et qu'en conséquence l'art. 1110 al. 2 du code exige l'annulation du contrat conclu dans de semblables conditions (57).

Ainsi dans certains cas, et ils peuvent être pratiquement nombreux, nous admettons l'existence d'un intuitus personæ de confiance visant la garantie d'exécution de l'obligation, intuitus personæ dans lequel la qualité dominante est la solvabilité. L'existence de cet intuitus personæ à adhérence patrimoniale conduit à considérer la solvabilité comme une qualité déterminante, substantielle dans ces cas (58).

(57) Contra cependant un vieil arrêt : Gand 24 juillet 1897. *Revue pratique des sociétés civiles et commerciales*. 1898, n° 876, p. 107, mais voyez les observations critiques, sous l'arrêt.

On peut ajouter qu'il serait nécessaire, dans le cas spécial du marché de spéculation, de réduire le délai pendant lequel la nullité pourrait être demandée.

(58) Comparez le passage de M. Bonnecase (*Droit civil*, t. II, n° 23, p. 34) sur l'importance de la solvabilité du débiteur dans l'obligation en général : « j'énonce clairement un droit réel en disant : je suis propriétaire de telle chose ... J'énonce au contraire d'une manière incomplète un droit personnel en disant : je suis créancier de telle chose, de telle somme d'argent par exemple. *Créancier de qui ? tout est là*. ... Il faut donc nécessairement indiquer la personne du débiteur, dire, par ex. : j'ai une créance de mille francs contre Paul. » L'auteur rappelle aussi que le mot « créancier » vient de « creditor » qui indique la confiance. On pourrait rappeler aussi le terme « nomen » employé dans le sens de créance pour confirmer que la confiance est personnelle.

Ceci rend plus vraisemblable la pensée que nous développons au texte à savoir que la considération de la personne sous son aspect solvabilité *peut* être déterminante du consentement dans les contrats quand aucune garantie n'est prévue et qu'un délai existe pour le paiement. Cpr. Bonnichon, Th. Paris 1900, p. 24, qui fait une distinction subtile et séduisante.

Il ne semble pas que pareille solution puisse être dangereuse pour la stabilité des conventions. Nous penserions presque le contraire puisqu'il semble que la solution que nous préconisons doive limiter les conséquences de l'insolvabilité à la personne qui la subit originairement. D'ailleurs les difficultés de preuve de cet état pour la victime de l'erreur, et la facilité de preuve pour l'établissement par l'autre partie que la victime a commis une négligence en ne se renseignant pas suffisamment, constitueront souvent un régulateur de l'action en nullité.

En résumé, nous admettons que le contenu de l'intuitus personæ peut être constitué par l'aspect financier de la personnalité d'un contractant, c'est-à-dire surtout par la solvabilité — et cela d'après la nature de l'opération ou de par la volonté des parties.

Le contenu de l'intuitus personæ à propos de l'erreur sur la personne semble aussi avoir été compris en matière de mariage. Il importe d'exposer rapidement cet aspect de la question.

93. — b) « *L'erreur dans la personne* » en matière de mariage est prévue par l'article 180 du Code Civil. Cet article n'exige qu'une condition « l'erreur dans la personne » pour que l'annulation du mariage soit possible (59). Mais la question est fort discutée de savoir ce qu'il faut entendre par cette expression. Trois tendances principales se sont fait jour pour donner la solution du problème. La plus

(59) Cet article vient du traité de Pothier sur le mariage (nos 308 à 314) : Pothier distinguait l'erreur sur la personne qui, détruisant le consentement, empêche le mariage de se former et l'erreur sur les qualités de la personne qui n'empêche pas le mariage d'être valable.

restrictive (Malleville) (60), qui se base sur les termes de Pothier, exige que l'erreur ait porté sur la personne physique. Mais elle est unanimement rejetée aujourd'hui parce qu'elle est irréalisable (61). Et l'on se divise sur les deux autres : celle qu'a adoptée, après des hésitations, la jurisprudence depuis l'arrêt des Chambres réunies du 24 avril 1862 (62) et qui n'étend l'article 180 qu'au cas d'erreur sur l'identité civile de la personne (63) et celle plus large — qui tend à l'emporter en doctrine (64) et est consacrée par les législations récentes — qui voudrait tenir compte aussi de l'erreur quand elle a porté sur une qualité substantielle de la personne (65). Mais cette dernière opinion, pour éviter en une matière aussi grave que l'annulation d'un mariage et le danger de l'arbitraire du juge et les fraudes possibles des époux est obligée d'apporter des tempéraments au principe qu'elle adopte. C'est à cette dernière opinion que nous nous rallions : elle tient compte en effet du mécanisme traditionnel de l'erreur — l'er-

(60) Malleville 1 p. 195 et s.

(61) L'histoire — ou la légende — en connaît un cas — celui de Jacob épousant, Lia, fille aînée de Laban, croyant épouser Rachel. Mais depuis longtemps pareille erreur ne serait possible qu'au théâtre.

(62) Cass. Ch. réunies 24 avril 1862 (Berthon C. Berthon) S. 1862.1.341. D.P. 1862.1.153. sous la Présidence de Troplong et conformément aux conclusions du Procureur général Dupin.

(63) C'est l'opinion que soutiennent Aubry et Rau t. VII § 462, n° 6, Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade t. III, n° 1738.

(64) Planiol, Ripert et Rouast, t. II, n°s 101 et s. ; Beudant, t. II, 1936, par H. Batifol, n°s 567 à 570, p. 446 et s. ; Demolombe, t. III, n°s 251 et s. p. 379 et s., Huc t. II, n°s 75 et s.

(65) a. 1333 C. Civ. allemand ; a. 124, 2° C. civ. Suisse.

reur sur le motif déterminant (66) et elle semble devoir donner aux besoins pratiques la satisfaction la plus adéquate (67). L'intuitus personæ dans le mariage a pour contenu non seulement la personne dans son identité physique ou civile mais aussi toutes les qualités déterminantes de la personne. C'est en contemplation de l'existence de ces qualités que l'autre partie a donné son consentement. Cette influence décisive des qualités de chaque partie sur le consentement de l'autre, ce mécanisme bien connu qui se retrouve dans la formation du mariage devrait en pure logique donner à l'erreur un vaste domaine d'application en la matière. Mais la nature spéciale du mariage, dans lequel la volonté des parties n'est pas tout et ne peut pas tout, qui est en partie aussi l'œuvre de l'autorité publique, et dont la stabilité est commandée par l'ordre public, impose ici la limitation du champ d'application de l'erreur sur les qualités de la personne. Il n'est pas possible de tenir compte des erreurs portant sur toutes les qualités de la personne qui auraient pu être déterminantes (68). On ne peut ici permettre au juge des recherches de psychologie qui pourraient souvent dépendre de son appréciation personnelle. Et même s'il était certain que telle qualité de la personne

(66) Cette idée explique que l'article 180 c. civ. n'est en réalité que l'application du principe énoncé par l'art. 1110 al. 2 c. civ. malgré la formule différente que le premier texte emploie (« l'erreur dans la personne »).

(67) Voyez pour la supériorité de l'opinion nouvelle sur le système jurisprudentiel : Planiol, Ripert et Rouast, t. II, La Famille n° 103, p. 90.

(68) On a remarqué aussi qu'il serait délicat de distinguer les aspects de la personnalité ignorés jusque là, mais préexistants au mariage — et l'apparition de tendances nouvelles chez le conjoint — Beudant t. II, 1936 par H. Batifol. n°s 567 à 570, p. 446 et s.

avait été déterminante du consentement de l'autre et à la connaissance et avec l'acceptation de la personne qui aurait prétendu avoir cette qualité, l'erreur sur la personne ne pourrait être prononcée au cas d'absence de cette qualité. Notamment les parties n'ont pas le droit, comme elles l'avaient dans la législation canonique (69), du moins pour certains canonistes, de faire dépendre le mariage d'une condition, de l'existence d'une qualité déterminée en la personne de l'un des futurs conjoints. Il ne peut donc être question de tenir compte au point de vue de l'erreur de toutes les qualités de la personne qui auront pu être déterminantes du consentement de l'autre partie. L'intuitus personæ voit ici son contenu se comprimer. D'abord il ne peut être question ici que de contenu normal de l'intuitus personæ. Les parties ne peuvent modifier ce contenu même par leur volonté commune. Et ce contenu normal lui-même sera restreint : ce ne sont pas toutes les qualités déterminantes qui pourront être prises en considération ou du moins on ne considérera pas comme déterminantes toutes sortes de qualités. Si les auteurs partisans de cette opinion sont bien d'accord sur l'application en la matière de la théorie de la cause impulsive et déterminante — en quelque sorte —

(69) Voyez sur ce point intéressant Esmein et Genestal « Le mariage en droit canonique » t. I, 1929, p. 344 et s. et plus spécialement p. 346 — et le renvoi à la page 191.

Mais voyez une opinion plus modérée sur ce point dans Van Espen « Jus ecclesiasticum... » 1715, Pars II, Tit. XIII, caput III, n° 1 et s., notamment n° VI.

Voyez aussi Van Espen, ibid., n° IV et V pour la tendance des canonistes à admettre comme cause de nullité l'erreur sur les qualités de la personne quand cette erreur « annexum habet errorem personæ — ut vulgo loquuntur, redundat in personam ». Cpr. sur ce point le passage du révérend père Daniel, « Etudes religieuses historiques », 1869, t. III, p. 24.

ils ne le sont plus quand il faut préciser les limites que la gravité du mariage lui impose. Ils sont certes d'accord sur le principe d'un élargissement modéré des causes de nullité pour erreur, peut-être même quant au principe d'une limitation : les qualités de la personne qui pourront être retenues comme déterminantes ne doivent pas être contraires au but ou à l'esprit de l'institution (70) ; mais sur la portée exacte de cette limitation et sur l'admission d'autres limitations (71) l'accord n'est point parfait. Quoi qu'il en soit il semble qu'en ce domaine la doctrine prépare un progrès de la jurisprudence (72) et que l'intuitus personæ dont le mé-

(70) Planiol, Ripert et Rouast, *op.cit.*, n° 104, p.91 et s.; Huc, t.II, n° 75 et s.; Demolombe, t.III, n° 251 et s., p. 379 et s. qui, dans sa 2^e édition, adopte sur ce point l'opinion de Demante (t.I, n° 262 bis, III).

(71) MM. Planiol, Ripert et Rouast, *loc. cit.*, pour éviter les recherches d'intention aventurées du juge proposent aussi de ne permettre d'invoquer parmi les motifs déterminants que « ceux dont il est possible aux juges de présumer le caractère déterminant parce qu'ils ont presque toujours ce caractère en notre état de civilisation ».

M. Beudant et Batifol, *loc. cit.*, dans ce même but, préfèrent exiger « la preuve directe que la qualité substantielle, source d'erreur, était en fait la cause impulsive et déterminante du mariage ».

(72) On cite, à titre de progrès de la jurisprudence les jugements du Trib. Civ. Seine des 4 fév. 1918 et 2 janv. 1920 (motifs) (Josserand. Les mobiles, n°45, p.58), D.P. 1920.2.78 et 1920.2.129, note M. Rousseau, mais cela est douteux. Le premier jugement cité, le plus important puisqu'il prononce l'annulation, considère en effet « que la nationalité est un des éléments de la personnalité civile... elle en devient un élément essentiel en temps de guerre ». Comment en conclure raisonnablement que c'est admettre la nullité pour erreur sur une qualité déterminante ? Cpr. dans le même sens Cass. Turin, 21 juil. 1883, S. 86.4.1 et la note Chavegrin. La jurisprudence ne semble pas encore avoir fait le pas décisif en avant. Voyez notamment Angers, 6 déc. 1928, D.H. 1929.154; trib. civ. Bordeaux, 9 juin 1924, Gaz.Pal. 1924,2,201; trib.

canisme en la matière avait été comprimé, presque oublié, doive, dans l'avenir, retrouver le rôle qu'il doit jouer.

civ. de Rochefort-sur-Mer, 26 avril 1926, Gaz.Pal. 1926.2.299; Trib. rég. de Strasbourg, 21 déc. 1920, D.P. 1923.2.161 et note critique Nast; Trib.civ. Seine, 30 juin 1920, Gaz.Pal. 1920.2.385; Cpr. Trib.civ. Seine, 28 nov. 1930, Gaz.Pal. 1930.2.947. Voyez pour la jurisprudence antérieure, outre les décisions rapportées par les auteurs cités et par Demogue, « C.Civ. Annoté », sous a.180, celles citées par Brémond, Th. Montpellier 1923.

TITRE II

L'INTUITUS PERSONÆ APRÈS LA FORMATION DU CONTRAT

94. — L'intuitus personæ s'est manifesté lors de la formation du contrat par son influence décisive sur le consentement. Le choix de la personne du contractant a été fait, et il a été éclairé. Le contrat a été formé définitivement et valablement. L'intuitus personæ va continuer à jouer un rôle après la formation de ce contrat. Le choix va produire ses résultats. Les liens n'ont été créés que vis-à-vis de la personne choisie, en raison des qualités qu'elle avait. Ils seront attachés à cette personne : leur exécution va consister en la mise en œuvre de ces qualités et leur maintien sera en quelque sorte subordonné à la persistance de ces qualités. Dans quelle mesure le paiement du lien va-t-il comporter une physionomie spéciale, originale, du fait de la présence de l'intuitus personæ ? Quelles personnes pourront payer ? Quelles personnes recevoir le paiement ?

La mort faisant disparaître les qualités de la personne, va mettre obstacle à ce que ses héritiers prennent sa place. Dans certains cas la déconfiture, la faillite ou la liquidation judiciaire vont venir aussi dissoudre ce lien.

La cession du lien aux tiers va se heurter à l'intuitus personæ puisqu'ils n'ont pas les qualités

de la personne originairement choisie. Et la simple disparition de ces qualités substantielles de la personne agréée, la disparition de la confiance ou de l'affection que recouvre l'intuitus personæ, ne vont-elles pas conférer le droit à l'autre contractant de rompre unilatéralement le contrat ? Mais n'est-ce pas là un effet trop puissant attaché à l'intuitus personæ ?

Autant de questions que ce titre a pour but de résoudre.

CHAPITRE I : L'intuitus personæ et le paiement.

CHAPITRE II : La dissolution du contrat intuitus personæ par la mort.

CHAPITRE III : La déconfiture, la faillite, la liquidation judiciaire et les contrats conclus intuitu personæ.

CHAPITRE IV : Incessibilité du lien intuitus personæ à un tiers.

APPENDICE : L'intuitus personæ et la rupture des contrats par volonté unilatérale.

CHAPITRE PREMIER

L'INTUITUS PERSONÆ ET LE PAIEMENT

95. — L'existence de l'intuitus personæ semble devoir, dans certaines hypothèses, donner au paiement de l'obligation une physionomie spéciale, particulière, et cela, qu'il s'agisse d'un intuitus personæ de confiance comme d'un intuitus personæ d'affection.

§ 1. — *L'intuitus personæ d'affection et le paiement*

Dans les contrats du droit des personnes, tels le mariage, il est bien certain que le paiement, l'exécution des obligations ne peut intervenir qu'entre les personnes mêmes qui les ont contractées : la question ne fait aucune difficulté.

Dans les libéralités et contrats de bienfaisance, quelles sont les personnes qui peuvent exécuter l'obligation et celles qui peuvent recevoir le paiement ?

Quant à celles qui peuvent exécuter le paiement il n'y a en principe aucune difficulté. Toute personne peut l'exécuter au nom du débiteur. Exemple : remettre l'objet prêté à usage intuitu personæ, opérer la tradition du bien donné, etc... La personne du débiteur n'est pas en principe choisie intuitu personæ : le caractère personnel, basé sur l'affection, n'existe que vis-à-vis du créancier.

Encore cependant, convient-il de remarquer que dans de nombreux contrats de bienfaisance, tels le mandat, le dépôt, le caractère personnel existe vis-à-vis des deux parties, si bien que mandataire et dépositaire doivent en principe exécuter l'obligation en personne car s'il est vrai qu'ils se sont engagés par affection, il est vrai aussi que mandant et déposant ont accepté leurs services en raison de la confiance qu'ils avaient en eux. Mais ce qui les oblige à fournir leurs services en personne, à exécuter personnellement leurs obligations ce n'est pas l'intuitus personæ d'affection mais l'intuitus personæ de confiance.

Il reste donc vrai qu'en principe l'intuitus personæ d'affection — sauf dans les contrats du droit des personnes — ne donne au paiement quant à la personne qui doit l'exécuter aucune physionomie spéciale — mais en est-il de même vis-à-vis de la personne qui doit recevoir le paiement ? Le créancier peut-il se faire remplacer matériellement par un tiers qui recevra le paiement en son nom ? On ne voit pas pourquoi en principe le créancier ne pourrait se substituer ici un tiers. Certes il a bien été choisi pour l'affection qu'il inspirait, c'est à lui qu'on a voulu rendre service. Mais puisque c'est bien lui qui en réalité profitera de l'opération, pourquoi l'empêcher de recevoir paiement par l'intermédiaire d'un tiers ? En principe il le pourra. Mais on sent que parfois il pourra en être différemment. Et cela se présentera par exemple si l'on veut être certain que c'est bien la personne à qui l'on veut rendre gratuitement service qui en profitera, telle une personne à qui on distribue des aliments, un malade à qui l'on attribue des médicaments, etc... où quand il s'agit d'exercer un droit pendant un certain temps : concession gratuite du droit de

chasse, droit de passage conféré à titre personnel, etc..., dans tous ces cas il y a un intuitus personæ plus intense, une attache à la personne plus étroite, visant non plus seulement la jouissance du droit (réel ou de créance) mais aussi son exercice. Mais souvent, il y aura là plus un effet basé sur la confiance que sur l'affection qu'inspirait le créancier : les deux notions pourront quelquefois mêler leurs effets. D'autres fois la confiance pourra jouer un rôle prépondérant.

§ 2. — *L'intuitus personæ de confiance
et le paiement*

96. — Dans quelle mesure la présence dans l'obligation de l'intuitus personæ de confiance vaut-elle conférer au paiement une physionomie originale ? Comme l'intuitus personæ de confiance peut viser soit la personne du créancier, soit celle du débiteur, il faut envisager la question du paiement en présence de l'intuitus personæ à ce double point de vue, c'est-à-dire du point de vue des personnes qui peuvent recevoir paiement et à celui des personnes qui peuvent l'effectuer.

A. — *Si l'intuitus personæ de confiance vise la personne du créancier*, la règle que le paiement peut être fait à une personne autre que le créancier (à quelqu'un ayant pouvoir de lui ou qui soit autorisé par la justice ou la loi à recevoir pour lui (article 1239) va dans certaines hypothèses rencontrer un obstacle. C'est qu'en effet souvent le débiteur ne s'est engagé à exécuter la prestation que vis-à-vis d'une personne déterminée ou à ne laisser jouir d'un droit qu'une personne choisie (il s'agit aussi

dans ce cas d'un paiement en quelque sorte). La prestation a été envisagée comme incommunicable à d'autres que le créancier originaire, le droit comme ne devant être exercé que par telle personne déterminée. La substitution d'un tiers au créancier irait à l'encontre de la convention, modifierait l'engagement du débiteur ou l'exercice du droit tel qu'il avait été prévu. Il en sera ainsi par exemple lorsque l'intuitus personæ résultera de ce que le fait à accomplir a le caractère d'une faveur exclusivement personnelle, ou de ce que le fait à accomplir doit se mesurer aux besoins personnels du créancier dont la personne était une considération déterminante de l'engagement du débiteur. Dans tous ces cas il est impossible d'admettre un tiers à recevoir le paiement ou à exercer le droit parce que ce serait augmenter les engagements du débiteur — et cela même si le substitué, par exemple, a moins de besoins que le créancier originaire ou s'il exerce le droit moins souvent ou avec moins d'inconvénients pour le débiteur que la personne originairement choisie. Mais il ne faut pas oublier qu'il se peut aussi que le créancier, bien que choisi en raison de la confiance qu'il inspirait en tant que créancier, soit admis à recevoir le paiement par un autre (substitut (actif) total) ou en se faisant aider (substitut partiel). C'est par exemple le cas d'un créancier d'aliments qui aurait été choisi en raison de ses besoins modestes et qui voudrait par exemple faire toucher une part des produits à lui destinés, par un tiers. Il faut d'ailleurs reconnaître que l'hypothèse est assez théorique et qu'en général il reste vrai que le créancier originaire devra recevoir le paiement en personne, c'est-à-dire qu'il y aura échec partiel à l'article 1239 du Code Civil.

97. B. — *En présence d'un intuitus personæ de confiance visant la personne du débiteur, est-ce que des personnes autres que le débiteur pourront effectuer le paiement ou y collaborer ? Le débiteur peut-il pour exécuter son obligation, utiliser des auxiliaires, substitués (passifs) ou aides (selon que le remplacement est complet ou non) ?*

Tout dépend du point de savoir si le créancier a intérêt ou non à ce que le débiteur exécute lui-même l'obligation (article 1237 du C. Civil). Est-ce qu'en présence de l'intuitus personæ de confiance visant la personne du débiteur cet intérêt du créancier existera d'une façon normale ? Pour répondre à cette question, il semble nécessaire de faire des distinctions :

Si l'intuitus personæ de confiance est relatif seulement à la garantie d'exécution de l'obligation, si la personne du débiteur n'a été choisie que pour garantir le paiement, le créancier ne pourra en principe invoquer l'article 1237 du Code Civil. Ainsi un tiers pourra rembourser le prêt d'argent fait intuitu personæ.

Si au contraire la personne du débiteur a été choisie pour la qualité de l'exécution de l'obligation, pour la coloration que la mise en œuvre de ses aptitudes personnelles donnera à l'exécution de son obligation, le créancier ayant intérêt à ce que l'obligation soit l'œuvre personnelle du débiteur (1) pourra

(1) La plupart du temps, l'exécution de l'obligation intuitus personæ exigera l'intervention personnelle du débiteur. Cette idée explique que bien souvent l'exécution de l'obligation conclu intuitu personæ exigera l'intervention volontaire du débiteur ; d'où il résulte que généralement l'exécution forcée, à laquelle a (quand même) droit le créancier, sera paralysée par le refus du débiteur : souvent l'article 1142, fondé sur la règle « nemo præcise potest cogi ad factum »,

refuser le paiement offert par un tiers (2). Cette situation se présentera par exemple au cas d'engagement d'artiste dramatique, de sportif professionnel, de conférencier, d'auteur.

Mais même en présence d'un *intuitus personæ* de confiance visant la qualité de l'exécution il se peut que le débiteur puisse, tout en payant lui-

trouvera son application en matière d'obligations *intuitus personæ*. Mais l'astreinte qui est possible dans cette hypothèse, du moins pour la jurisprudence et la majorité de la doctrine moderne, trouvera aussi une application fréquente dans les hypothèses d'*intuitus personæ*. Cette idée que l'exécution de l'obligation *intuitus personæ* exige l'intervention personnelle du débiteur explique aussi l'inapplicabilité en général de l'article 1144 du Code Civil en matière d'obligations *intuitus personæ* : en cette matière en effet, le créancier n'obtiendrait pas exactement ce qui lui est dû, et surtout ce pourquoi il s'est engagé. Tous ces points ont été remarqués. Il nous suffit de les rappeler et de les confirmer, sans y insister, puisque nous voulons seulement dans cette deuxième partie indiquer la physionomie en somme originale de l'obligation *intuitus personæ*. Sur ces questions en général, voyez notamment : Planiol, t.II, n° 173, Meynial « De la sanction civile des obligations de faire et de ne pas faire » (Rev. Pratique, 1884). Et différentes thèses, Génicon « *Nemo præcise potest cogi ad factum* », Paris 1910 ; Massin « L'exécution forcée », Paris 1893 ; Marcille « Exécution en nature des obligations de faire ou de ne pas faire », Rennes 1913 ; Barda « De la specific performance ou exécution « *in specie* » dans les contrats en droit anglais comparé ». Paris 1928. Plus récemment, Dragu, « L'exécution en nature possible... », Paris 1936.

(2) Une question voisine de celle qui est traitée au texte est celle de savoir si le cautionnement des obligations *intuitus personæ* peut intervenir.

Cela ne fait aucun doute quand l'*intuitus personæ* ne produit aucun effet quant à l'exécution de l'obligation, quand il ne vise que la garantie d'exécution de l'obligation. Mais quid si l'exécution du débiteur choisi doit être son œuvre personnelle ? N'est-ce pas alors un autre objet que fournirait la caution ? En réalité dans cette hypothèse la caution garantit alors l'indemnité allouée pour inexécution du contrat. Voyez sur ce point Planiol et Ripert, Traité Pratique, t.XI, p. 877.

même, utiliser les services d'auxiliaires. Il pourra se faire aider dans l'exécution de son obligation dans la mesure où la convention ou les usages autorisent cette collaboration. Malgré l'emploi d'aides, l'exécution sera considérée comme son œuvre personnelle. Ceci se produit fréquemment, même en matière artistique et le phénomène est assez connu pour que nous n'insistions pas.

CHAPITRE II

LA DISSOLUTION DU CONTRAT INTUITUS PERSONÆ PAR LA MORT

98. — Dans notre droit moderne le lien juridique, envisagé au point de vue actif (créance) comme au point de vue passif (obligation), est transmissible en principe aux héritiers, aux successeurs à titre universel (1). A la mort (2) de leur auteur, les héritiers — qu'ils soient héritiers légitimes ou successeurs irréguliers — deviennent immédiatement et de plein droit, en même temps que propriétaires des biens du de cujus, créanciers et débiteurs à sa place. L'héritier prend la place du défunt dans la créance ou dans l'obligation — que ce soit une obligation de donner (3), de faire (4) ou de ne pas

(1) Les successeurs à titre universel comprennent les héritiers stricto sensu, les légataires universels ou à titre universel, les institués contractuels.

(2) Il ne s'agit que de la mort naturelle : nous ne nous occupons pas de la mort civile abolie par la loi du 31 mai 1854.

(3) Voyez Cass. Req. 28 nov. 1871, D.P. 72.1.18 ; S. 72.1.219. Cass. Civ. rej. 23 août 1871, D.P. 71.1.131 ; S. 71.1.232.

(4) Voy. Cass. Req. 22 juillet 1879, S. 80.1.20.

faire (5) et aussi, dans le contrat. Les effets du contrat ne sont pas modifiés par la mort du contractant : ils continuent à se produire en la personne de l'héritier comme ils se produisaient envers le défunt. Ainsi dans le louage d'une maison, les héritiers du bailleur sont obligés d'entretenir le bail jusqu'au bout ; inversement ils sont substitués à lui dans sa position de créancier (article 1742 C. Civ.). Ces principes qui constituent le droit commun, sont inclus dans le Code Civil, notamment aux articles 724, 873, 1009, 1122, mais à ce droit commun, il est des exceptions et c'est parmi celles-ci que l'on classe les liens juridiques constitués intuitu personæ. Le législateur a d'ailleurs consacré cette idée à plusieurs reprises — et cela, aussi bien pour les contrats à la base desquels nous avons constaté une idée d'affection, que pour ceux colorés par une idée de confiance — notamment :

Contrats basés sur l'affection :

mariage — art. 227 C. Civ.,
prêt à usage — art. 1879 alinéa 2 C. Civ.,
mandat (mort du mandant, quand mandat gratuit) — art. 2003 alinéa 3.

Contrats basés sur la confiance :

louage d'ouvrage — art. 1795 C. Civ. (6),
société — art. 1865, 3° C. Civ.,

(5) Voy. Paris, 21 fév. 1900, D.P. 1900.2.476.

(6) Il convient de rappeler que l'article 1795 C. Civ. s'applique même quand le louage d'ouvrage n'a pas été conclu intuitu personæ. Voyez sur ce point le n° 30.

mandat (mort du mandataire) — art. 2003
alinéa 3 C. Civ.,

bail à colonage partiaire — art. 6 alinéa 2
loi 18 juillet 1889.

D'une manière générale :

Art. 1122 in fine C. Civ. : « On est censé avoir stipulé (entendez « contracté ») pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou *ne résulte de la nature de la convention* ». Comment le phénomène de l'intuitus personæ justifie-t-il ces différentes dispositions ? Quelle est la situation exacte des parties et des héritiers dans les contrats empreints d'intuitus personæ ? Quelle règle précise peut-on dégager ? Comment la règle s'appliquera-t-elle en présence des différents aspects de l'intuitus personæ ? Et surtout, cette cause de dissolution, en apparence spéciale aux contrats intuitus personæ, est-elle un mode sui generis de dissolution du lien juridique ou bien n'est-elle qu'une des formes d'un mode plus général ? Autant de questions que nous suggère cette situation spéciale faite par le législateur aux contrats intuitus personæ, et qu'il nous faut résoudre.

Enfin, comme cette cause de dissolution produit un effet catégorique, brutal, qui paraît quelquefois trop rigoureux, trop rigide, des clauses viennent souvent, en pratique, l'atténuer, l'assouplir.

D'où plan :

SECTION I : La règle.

SECTION II : Applications.

SECTION III : Nature de ce mode de dissolution.

SECTION IV : Clauses relatives à ce mode de dissolution.

SECTION I. — *La règle*

99. — Dans le contrat conclu *intuitu personæ*, c'est la considération de la personne de l'une des parties qui a déterminé l'autre à s'engager, et c'est seulement avec cette personne qu'elle a désiré contracter. Elle a stipulé d'elle exclusivement, en raison de ses qualités (*intuitus personæ* de confiance). c'est à elle seule qu'elle a voulu donner un témoignage de son affection (*intuitus personæ* d'affection). Si cette personne, spécialement choisie à cause de la confiance ou de l'affection qu'elle inspirait, meurt entre le moment de la conclusion du contrat et celui de son exécution ou au cours de cette exécution, le contrat sera immédiatement dissous et ne produira pas d'effet à l'égard de ses héritiers. La confiance et l'affection sont des sentiments essentiellement personnels. Ils ne se reportent pas nécessairement sur la personne des héritiers. L'engagement était limité à une personne bien déterminée : il n'avait été conçu que sous l'influence de la contemplation de cette personne. Cette personne disparaissant, le lien s'évanouit. S'il y avait *intuitus personæ* de confiance relatif à la qualité de l'exécution, il est évident que la mort vient rendre cette exécution absolument impossible. Le décès du peintre l'empêche de faire ou d'achever le tableau, donc d'accomplir son obligation. Ses héritiers n'ont pas les mêmes qualités que lui, le même talent, la même personnalité, la même originalité. Peut-être même ne sont-ils pas peintres du tout ! Ils ne peuvent en aucune façon se substituer à lui. Et par ail-

leurs le créancier ne peut exiger qu'ils se substituent à lui.

S'il y a intuitus personæ de confiance relatif seulement à la garantie d'exécution, de réalisation de la prestation, le lien est aussi dissous. Les héritiers du bénéficiaire de l'ouverture de crédit par exemple ne pourront exiger un prêt, car ce n'est pas à eux que le banquier avait fait confiance — c'était à leur auteur — et celui-ci n'existe plus. La confiance qui avait été mise en lui a disparu en même temps que lui. L'ouverture de crédit, basée sur cette confiance, avait été limitée à sa personne. A l'inverse, les héritiers pourront eux aussi invoquer la fin de cette ouverture de crédit.

Enfin s'il y a intuitus personæ d'affection, il en est de même. L'une des parties ne s'était engagée qu'à raison de l'affection qu'elle éprouvait pour l'autre, et c'est seulement vis-à-vis d'elle qu'elle l'avait fait (7). Cette personne disparaissant, l'affection, base de l'engagement, cessait d'exister pour l'avenir, nul n'avait désormais le droit d'en demander l'exécution.

Dans tous ces cas, le lien juridique créé en contemplation d'une personne déterminée était attaché à cette personne. La mort de cette personne rendait désormais l'exécution du lien impossible telle qu'elle avait été prévue par le contrat. Le but que l'une des parties d'accord avec l'autre, s'était proposé de réaliser était devenu impossible pour l'avenir puisque la réalisation de ce but était liée à l'existence d'une personne, aujourd'hui décédée.

(7) La formule de l'article 1879, alinéa 2, est suggestive : « mais si l'on n'a prêté qu'en considération de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée ».

Aussi l'on comprend fort bien que le lien contractuel créé intuitu personæ soit dissous par la mort de la personne dont la considération a été déterminante. Et d'après les textes spéciaux à la matière (art. 1865, art. 2003, art. 1795) ce n'est pas seulement le lien intuitus personæ, mais le contrat qui est dissous (8). Et cette dissolution a lieu de plein droit.

Nous énoncerons la règle ainsi :

Le contrat comportant l'intuitus personæ, d'affection ou de confiance, est dissous par la mort de la personne spécialement choisie et ses héritiers comme l'autre partie peuvent s'en prévaloir sans qu'il soit besoin d'une demande en justice (9).

Et nous remarquerons en terminant, que le phénomène de l'intuitus personæ qui justifie la dissolution du contrat à la mort de la personne choisie, expliquera a fortiori la caducité, en présence de

(8) Si le contrat ne contient que le lien intuitus personæ, il n'y a aucune difficulté. Ex : prêt à usage dans l'hypothèse de l'art. 1879, al. 2.

Mais si le contrat comporte plusieurs liens, une petite difficulté surgit : pourquoi l'autre lien — qui n'est pas intuitus personæ ou qui comporte l'intuitus personæ mais vis-à-vis d'une personne autre que celle qui est morte — est-il dissous de plein droit ? Il semblerait que d'après les principes du droit commun, le débiteur devrait demander en justice la résolution du contrat en vertu de l'art. 1184 ? Peut-être la décision du législateur est-elle sur ce point légèrement arbitraire. Elle s'expliquerait par le caractère de certitude que prend l'impossibilité d'exécution de l'autre obligation en présence d'un événement comme la mort. Mais cette raison ne semble pas exister dans d'autres cas, tel la déconfiture, où la même solution se retrouve.

(9) Pourrait-on dire en une formule plus frappante : dans les contrats conclus intuitu personæ, *les héritiers de la personne choisie sont des tiers* ? L'exactitude de cette formule serait douteuse.

cet événement de l'offre intuitus personæ (offre d'un contrat comportant normalement l'intuitus personæ ou offre spécialement faite intuitu personæ bien que relative à un contrat ne comportant pas normalement ce caractère de personnalité).

Voyons comment la règle posée s'appliquera selon les différents aspects de l'intuitus personæ.

SECTION II. — Applications

§ 1. — *La mort (10) et les contrats basés sur l'affection*

100. A. — *Effets de la mort dans les contrats du droit des personnes.*

La mort d'un des époux dissout le mariage (11) (art. 227 C. Civ.). Il s'agit évidemment d'une dissolution de plein droit, qui n'a pas besoin d'être prononcée en justice ; que tout le monde peut invoquer, et ne produisant aucune rétroactivité.

De même, la mort d'un fiancé dissout le contrat de fiançailles, si contrat il y a.

En matière d'adoption, il en est de même : on ne conçoit pas que le lien d'adoption puisse subsister si l'une des personnes — adoptant ou adopté — disparaît.

Cette cause de dissolution est d'ordre public, puisqu'elle est relative à l'état des personnes.

101. B. — *Effets de la mort dans les contrats gratuits.*

Quand le bénéficiaire de la donation ou des contrats de bienfaisance meurt, que se passe-t-il ?

(10) De la personne dont la considération a été déterminante.

(11) Chez certaines peuplades de l'Afrique du Nord, la mort du mari n'entraîne pas nécessairement dissolution du mariage — le frère le plus âgé du mari ayant le droit de succéder à sa place dans le lien de mariage.

I. — Si l'échange des volontés n'a pas encore été réalisé, si, pratiquement, l'offre de libéralité n'a pas encore été acceptée valablement par le bénéficiaire, son décès vient faire tomber cette offre puisque le contrat ne peut plus se former, le but ne peut plus être réalisé. L'offre était adressée au seul bénéficiaire, dont la personne avait été déterminante pour propulser la volonté libérale du disposant : nul autre que lui-même, ne pouvait valablement l'accepter. Il ne l'a pas fait avant sa mort, il n'a pas manifesté la volonté d'accepter, la libéralité ne peut naître. Le disposant demeure propriétaire des biens qu'il se proposait de donner, reprend l'usage des choses qu'il se proposait de prêter, ne voit nullement son activité engagée au profit des héritiers de la personne à qui il voulait du bien.

Si le disposant avait en vue en même temps d'autres personnes, notamment les héritiers du donataire, ceux-ci pourront valablement accepter la donation malgré le prédécès de leur auteur : l'intuitus personæ englobait plusieurs personnes. Généralement la considération de plusieurs personnes dans les libéralités se trouve dans les libéralités conjointes ou dans la substitution vulgaire (voyez l'article 898 C. Civ.).

Les difficultés d'interprétation de la volonté du donateur apparaissent quand ce donateur est lui-même prédécédé (12). Mais on sait qu'il appartient aux juges du fait d'interpréter les clauses des actes qui leur sont soumis (13). Ainsi une Cour d'Appel

(12) S'il ne l'est pas, il réfère généralement la libéralité aux personnes survivantes qu'il désire aussi gratifier.

(13) Comp. pour la jurisprudence qui tend à faire échec — en fait — à l'art. 1039 en matière de legs : Trib. Civ. d'Anvers, 10 mars 1896, D.P. 98.2.43 ; Aix, 4 janv. 1933, Semaine Juridique, 1933, n° 15, p. 360 ; Req. 8 nov. 1921.

décide à bon droit que dans un don manuel fait sous condition de prédécès du donateur la clause qu'en cas de prédécès du donataire ses héritiers prendront soin du donateur peut être entendue en ce sens que le don doit être maintenu nonobstant le prédécès du donataire, à la charge par les héritiers de ce dernier de fournir des aliments au donateur (14). Mais les juges du fait ne peuvent se permettre de refaire la donation et, sous prétexte de se conformer à la volonté du donateur, substituer à une disposition claire et précise une autre disposition produisant des effets légaux différents (15). En réalité, cette jurisprudence — comme celle instituée en matière de legs malgré l'art. 1039 C. Civ. — s'efforce de donner effet à la volonté probable du disposant et, pour ce, elle admet facilement l'exis-

Rev. Trim. 1922, p. 211, n° 9 (Examen de Jurisprudence, par L. Hugueney). Voyez aussi la jurisprudence citée par M. Demogue, Nouveau C.Civ. Annoté, sous a. 1039.

(14) Cass. 17 mai 1855, S. 56.1.155.

(15) Cass. Civ. 17 juin 1896, S. 98.1.438 (Cons. Barbey, C. Bureau de bienfaisance d'Orgelet).

Dans cette affaire, la donation était faite au bureau de bienfaisance d'une commune sous la condition d'affecter les revenus à un établissement de sœurs qui donnerait l'instruction chrétienne, catholique et romaine à 50 jeunes filles, les plus pauvres de la paroisse — et que si le gouvernement se charge des frais de cette instruction, les revenus seront employés au soulagement des pauvres les plus nécessiteux de la paroisse. Or, la loi du 30 oct. 1896 ne permettait plus à la commune d'entretenir une école congréganiste, donc lui avait enlevé tout moyen de donner une instruction conforme aux conditions de la donation, laquelle ne pouvait plus recevoir aucune exécution. La Cour de Cassation a jugé que les juges du fait dénaturaient la donation sous prétexte de l'interpréter en décidant que la deuxième affectation au profit des pauvres de la paroisse devait avoir effet, comme si la première affectation avait été respectée. Les pouvoirs des juges du fond sont aussi limités en matière de legs. Voy. Cass. 19 oct. 1896, S. 1898.1.350.

tence de l'intuitus personæ visant les personnes que le disposant aurait gratifiées expressément s'il avait prévu le prédécès du bénéficiaire qu'il désignait. Et nous pensons que, dans sa ligne générale, elle doit être approuvée.

Mais même dans tous ces cas, la règle reste que le décès du bénéficiaire désigné avant l'acceptation fait tomber l'offre de libéralité.

102. II. — Que se passe-t-il quand le bénéficiaire choisi intuitu personæ décède après avoir accepté la libéralité ?

Dans les libéralités à exécution instantanée — et nous visons par ces termes la donation — le décès du bénéficiaire, du donataire n'entraîne nullement la disparition du lien juridique intuitus personæ, pour la raison bien simple que ce lien a déjà été dissous par son exécution même, qui a été complète. A la mort du bénéficiaire la propriété des biens donnés passera normalement aux héritiers du donataire — lequel donataire d'ailleurs aurait pu en principe en disposer librement soit entre vifs, soit à cause de mort.

Dans les contrats gratuits qui sont de durée comme le prêt à usage conclu intuitu personæ (article 1879 al. 2), le mandat, etc..., la mort du bénéficiaire vient dissoudre le lien juridique qui n'avait été créé qu'en considération de la personne même ou d'une de ses qualités. Ici, la mort de la personne choisie intuitu personæ met bien fin au lien juridique. Qu'il y ait eu un terme stipulé ou qu'il n'y en ait pas eu, la situation est la même: le créancier choisi intuitu personæ est mort, le débiteur est libéré. Les héritiers du de cujus devront restituer par exemple l'objet prêté, l'objet déposé, rembourser la somme qui avait été prêtée gratuitement à

leur auteur..., le mandataire cesse de s'occuper des affaires de son mandant dès qu'il apprend la mort de celui-ci (16) — restituer, rendre compte du mandat aux héritiers. C'est envers une personne déterminée qu'ils s'étaient engagés par bienveillance. Ils ne s'étaient nullement engagés envers les héritiers. Ils pourront invoquer cette cause de libération. Et de même les héritiers du bénéficiaire seront en droit d'exciper de la dissolution du lien juridique résultant de la mort de leur auteur.

Ainsi les effets du contrat de libéralité cessent pour l'avenir, à la mort du bénéficiaire.

§ 2. — *La mort et les contrats basés sur la confiance*

103. I. — L'offre faite à une personne déterminée en raison de la confiance qu'elle inspirait devient caduque si cette personne meurt avant de l'avoir acceptée. Ses héritiers — à l'inverse de ce qui se passerait en l'absence d'intuitus personæ — ne pourront plus l'accepter. L'offre contenait implicitement ou expressément cette condition de caducité : elle était limitée à une personne déterminée. L'offrant et les héritiers de la personne à qui l'offre était adressée pourront immédiatement se prévaloir de cette cause de caducité.

104. II. — Si l'échange des consentements était réalisé au moment du décès, le contrat était né. Il avait pu être exécuté en partie. A la mort de la personne spécialement choisie, ses effets cessent

(16) Si le mandataire ignore la mort du mandant — ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide — comme s'il ignorait une cause de dissolution du mandat — a.2008, C.Civ.

pour l'avenir. Mais cela n'est vrai évidemment que si le lien *intuitus personæ* existe encore lors du décès. Si par exemple l'obligation *intuitus personæ* est déjà exécutée complètement au moment de la mort du débiteur spécialement choisi, de l'ancien débiteur, le contrat subsistera. Car si en principe la mort de la personne spécialement choisie met fin au contrat c'est parce qu'elle détruit le lien *intuitus personæ*. Or en l'hypothèse, ce lien n'existe plus puisqu'il a été exécuté. L'autre partie a obtenu exactement ce qu'elle avait stipulé, par exemple les services de telle personne. Elle doit, malgré la mort de son cocontractant, exécuter ses propres obligations : payer ces services. Les héritiers du cocontractant, bien que ce dernier ait été choisi *intuitu personæ*, pourront alors se prévaloir du contrat, et prendre la place de leur auteur. Ainsi le contrat *intuitus personæ*, à la mort de la personne choisie, n'est dissous que dans la mesure où le lien *intuitus personæ* ne peut plus être exécuté. S'il a été exécuté en partie, les héritiers auront en principe droit à une partie proportionnelle de la contre-prestation (17).

Mais les héritiers ne pourraient imposer le complément d'exécution de l'obligation de leur auteur par eux-mêmes. De même d'ailleurs que le contractant ne pourrait l'exiger d'eux. Mais quid si héri-

(17) Si leur auteur a touché la prestation entière, ils devront en restituer une partie.

Cpr. cependant pour les honoraires d'un avocat : Trib. de Paix, Paris (14^e), 16 fév. 1911, aff. Vve Henry, cité par Appleton. Traité de la profession d'avocat, 2^e édit. 1928, n^o 235, p. 426 : « La provision remise librement, à l'occasion d'un procès, à un avocat décédé avant la plaidoirie, n'est pas sujette à répétition, même partielle, lorsque l'affaire a été préparée complètement par l'avocat qui était prêt à plaider. »

liers et cocontractants acceptent expressément ou tacitement le remplacement de la personne décédée par ses héritiers ? Y a-t-il nouveau contrat ou continuation du contrat ancien ? Les intérêts de la question sont évidemment multiples. C'est à propos du contrat de société que la question a été débattue. Nous ne reprendrons pas la controverse, nous bornant à remarquer que du point de vue de la logique juridique il semble bien qu'un nouveau contrat se forme entre le contractant survivant et l'héritier de l'autre, dans la mesure où l'héritier devra jouer le rôle qui avait été dévolu intuitu personæ à son auteur, soit comme débiteur soit comme créancier.

SECTION III. — *Nature de ce mode de dissolution*

105. — Le contrat conclu intuitu personæ est dissous de plein droit par la mort de la personne qui avait été spécialement choisie. A première vue il semble que ce mode de dissolution soit tout à fait spécial aux contrats intuitus personæ. Mais quand on recherche le fondement de cette règle, on s'aperçoit que ce procédé de dissolution n'est qu'une limitation des effets juridiques du contrat à une personne déterminée résultant de la volonté des parties réelle ou présumée. De même que les parties auraient pu limiter les effets du contrat à une durée déterminée, de même, dans le contrat conclu intuitu personæ, elles ont conçu la vie du lien juridique comme ne pouvant reposer que sur une personne déterminée. Que le contrat soit dissous par l'arrivée du terme, ou la mort de la personne choisie, dans tous ces cas il y a une extinction du lien juridique dû à la volonté commune des contractants. Par exemple s'il y a intuitus personæ de confiance relatif à la qualité de l'exécution, (ainsi la confection d'un tableau par Natoire), la mort de Natoire vient rendre cette exécution absolument impossible. Il y a une impossibilité d'exécution résultant de la limitation de l'une des prestations dues à la personne de Natoire — limitation créée par la volonté des parties. Il n'y a pas force majeure comme on pourrait le croire puisque l'élément imprévisibilité fait défaut.

Ainsi cette règle de dissolution du contrat intuitus personæ par la mort de la personne spécia-

lement choisie n'est pas une anomalie juridique, une règle exceptionnelle. C'est au fond une application du principe de l'autonomie de la volonté, de la création d'effets juridiques par la volonté des parties (18).

(18) Dans cette règle comme c'est le contrat et non seulement le lien *intuitus personæ* qui est dissous, il y a aussi une part de décision peut-être arbitraire du législateur. Voyez n° 99 en note.

SECTION IV. — *Clauses*

106. — Cette cause de dissolution qui tient à l'intuitus personæ a semblé, dans certains cas, produire des effets trop rigoureux. En matière de société notamment, l'intérêt des associés et celui des héritiers de l'associé prédécédé, comme aussi l'intérêt social postulent généralement soit la suppression complète de cette cause de dissolution, soit l'atténuation de ses effets. C'est que la dissolution de la société est bien souvent la ruine des associés et des héritiers quand il y a des amortissements non réalisés ; la perspective seule de cette dissolution brusque est néfaste au crédit de la société. Au point de vue de l'intérêt social, de graves perturbations seraient à craindre par suite de la disparition d'affaires prospères, surtout si le phénomène se reproduisait à une grande échelle ; et d'ailleurs souvent les sociétés permettent d'entreprendre des œuvres dont la réalisation nécessite des efforts d'une durée supérieure à la vie humaine. Enfin priver les héritiers de la source d'enrichissement que constitue la société serait bien souvent injuste et néfaste. Aussi comprend-on que des clauses viennent déroger à cette conséquence de l'intuitus personæ. Mais alors c'est peut-être se priver de certains avantages qu'assurait la notion de l'intuitus personæ. Aussi des clauses tendent-elles souvent à atténuer seulement les effets de cette cause de dissolution. Et le phénomène se retrouve, bien qu'avec moins de relief et de fréquence, dans d'autres contrats intuitus personæ, tels le métayage, le bail à nourriture, etc...

Quand il est plusieurs parties au contrat, comme c'est le cas en général en matière de société, il peut être convenu expressément ou tacitement, soit lors du contrat originaire, soit postérieurement, soit même après la mort de l'un (19), que le contrat continuera à produire ses effets, les héritiers du contractant prédécédé étant exclus (art. 1868 C. C.). Ces héritiers recevront la part de leur auteur. Et il n'y aura généralement de difficulté que pour l'évaluation de cette part (20).

Il peut aussi être stipulé, en vertu de ce même article 1868 C. Civ., que le contrat continuera avec les héritiers du prédécédé. En principe alors ceux-ci prendront la place du défunt dans la société (21). Mais on a pu convenir qu'ils n'auraient pas la même situation que leur auteur, par exemple qu'ils seraient seulement commanditaires, etc... Il peut aussi avoir été convenu que la société continuerait avec l'un des héritiers seulement du prédécédé. La validité de cette clause, qui a été contestée en vertu du principe de l'interdiction des pactes sur succession future, ne peut être mise en doute du chef de la

(19) Voyez supra, n° 104, in fine.

(20) Sur ce point, voyez Trasbot « De la continuation de l'entreprise après le décès d'un associé », J.S. 1929.

(21) Des objections apparaissent lorsque parmi les héritiers se trouvent des mineurs. Mais une jurisprudence prétorienne, s'inspirant des besoins pratiques, admet malgré la gravité des objections que la clause recevra application (Req. 2 mars et 10 mars 1885, D.P. 85.1.441 et 444 ; Req. 23 oct. 1907, D.P. 1907.1.43) ; mais les héritiers mineurs ne seront pas tenus, ni pour l'avenir ni pour le passé, au delà des forces de l'hérédité. La part sociale demeure en quelque sorte une valeur de la succession ; et le mineur ne devient pas commerçant : la succession continue fictivement la situation du défunt et assure la responsabilité des dettes. L'idée qui inspire la jurisprudence remonte à Troplong « Traité des sociétés », n° 954.

notion de l'intuitus personæ. On sait en effet que l'intuitus personæ est une notion d'intérêt privé dont il appartient aux parties de régler la mesure.

Mais toutes ces clauses excluent la cause de dissolution résultant de la mort, suppriment une des conséquences de l'intuitus personæ. Les parties peuvent vouloir seulement atténuer cette cause de dissolution, sans abandonner ici les avantages résultant de l'intuitus personæ. Pour ce faire, il peut être stipulé que les survivants devront agréer les héritiers et les héritiers les survivants. Il est loisible aussi aux parties de prévoir une clause d'option, au profit des survivants, quelquefois aussi des héritiers : les personnes, auxquelles cette option sera réservée, auront le droit d'opter pour la continuation de la société ou pour sa dissolution. Quelquefois, une clause, dite de triple option, confère aux survivants la faculté de choisir entre la dissolution de la société ou sa continuation soit à l'exclusion des héritiers du prédécédé soit avec eux.

Toutes ces clauses tendent à satisfaire des besoins pratiques divers. Mais on sent qu'elles touchent par quelque côté au moins à l'intuitus personæ.

CHAPITRE III

LA DÉCONFITURE, LA FAILLITE, LA LIQUIDATION JUDICIAIRE ET LES CONTRATS INTUITUS PERSONÆ

107. — Certains textes du code (article 1865, 3°, et article 2003, 3°) nous amènent à poser la question suivante : que deviennent les contrats intuitus personæ quand survient la déconfiture, la faillite ou la liquidation judiciaire de l'une des parties ? Quelles conséquences résulteront de l'atteinte que ces événements vont porter à la confiance formant la base du contrat ? Comment enfin, s'il y a des règles spéciales, se justifient-elles en la matière ? Et d'abord il nous faut préciser la question en la délimitant. Il s'agit de rechercher l'influence de ces trois événements : déconfiture, faillite, liquidation judiciaire, quand ils surviennent en la personne choisie intuitu personæ, et quand c'est pour une raison de confiance. Quand ils se produisent, en effet, du chef de l'autre cocontractant, qui n'a pas été choisi intuitu personæ, ou quand ils se produisent en la personne choisie intuitu personæ pour l'affection qu'elle inspirait, aucune particularité n'existe : c'est le droit commun qui s'applique et nous n'avons pas ici à l'exposer.

Mais quand ils viennent affecter la personne spécialement choisie pour une raison de confiance,

la question nous intéresse au plus haut point parce qu'elle nous permet de préciser certaines conséquences de l'intuitus personæ.

Encore cependant convient-il de limiter davantage l'objet de notre étude : il n'y a de difficulté tenant à la nature intuitus personæ du lien juridique en effet que si la personne choisie intuitu personæ et tombée depuis en déconfiture, faillite ou liquidation judiciaire n'a pas encore exécuté son engagement ; si elle a exécuté et dans la mesure où elle a exécuté, le contrat a reçu de sa part son exécution en totalité ou en partie, et la survenance de sa déconfiture, de sa faillite ou de sa liquidation judiciaire laisse intacts ces effets réalisés. Par exemple l'entrepreneur choisi intuitu personæ qui a exécuté toutes ses obligations avant de tomber en faillite est en droit d'exiger, et le syndic représentant ses créanciers a aussi ce droit, du maître de l'ouvrage, l'exécution de ses propres obligations à son égard, notamment le versement du prix ou reliquat du prix. Le contrat a reçu l'accomplissement prévu par les parties et aucune question de ce chef ne se pose pour le passé. Mais la faillite, la liquidation judiciaire ou la déconfiture survenant pendant l'exécution du contrat, la question se pose de savoir ce que vont devenir les rapports juridiques des parties dans l'avenir. Le débiteur dont la considération avait été déterminante peut-il exiger le maintien du lien juridique ? son cocontractant a-t-il au contraire le droit de considérer ce lien et tout le contrat comme dissous ? et si le contrat est dissous, quelle est la nature de ce mode de dissolution en apparence au moins *sui generis* ? Et ce mode de dissolution peut-il être exclu ou atténué par la volonté commune des parties ? Autant de questions que nous étudierons dans deux sections :

SECTION I : La dissolution des contrats intuitus personæ par la déconfiture, la faillite ou la liquidation judiciaire.

SECTION II : Les clauses modificatives.

SECTION I. — *La dissolution des contrats intuitus personæ par la déconfiture, la faillite ou la liquidation judiciaire*

108. — Ces événements ne sont susceptibles de porter une atteinte au lien juridique, à l'exécution de l'obligation, d'une manière différente du droit commun, de produire des effets différents de ceux qu'ils produisent en droit commun, que si l'intuitus personæ a une adhérence patrimoniale, si les éléments de la confiance en la personne visent la solvabilité, l'aptitude aux affaires, le crédit, etc... S'il s'agit, en effet, d'une confiance relative à d'autres qualités, tel le talent de l'artiste, ces événements ne doivent atteindre en aucune manière la confiance, et le contrat subsiste, susceptible de produire ses pleins effets. Il nous faut donc faire une distinction qui, théoriquement du moins, nous paraît importante : elle vise le contenu de l'intuitus personæ.

I. — *Contrats de confiance sans adhérence patrimoniale.* Sur ces contrats, la déconfiture, la faillite, la liquidation judiciaire de la personne choisie ne produit aucun effet. La confiance, telle qu'elle existait au moment de la formation du contrat, subsiste ou doit subsister intégralement. Le lien juridique subsiste, le contrat continuera à produire tous ses effets. C'est par exemple le cas lorsque l'entrepreneur est en même temps architecte et s'était engagé à faire des plans de constructions dont on ne lui avait pas donné l'entreprise (1). Sa faillite,

(1) Comparez Bonnichon, Thèse, Paris 1900, n° 13, p. 21.

en tant qu'entrepreneur, ne diminue nullement ses qualités de dessinateur ; malgré sa faillite, son contrat de confection de plans subsiste intégralement ; son créancier pourra exiger la confection et la livraison des plans, mais il n'aura en aucune façon le droit de tenir le contrat pour résolu. De même, l'architecte ne pourra invoquer la faillite pour se prétendre libéré. Tel est le point de vue juridique (2). Si l'on se place au point de vue des faits, la situation sera souvent bien différente. L'architecte-entrepreneur, en effet, sachant que le prix qu'il obtiendra en exécutant le contrat viendra grossir le gage de ses créanciers, s'abstiendra d'exécuter son contrat (3). Son cocontractant demandera, en se basant sur l'article 1184 du Code Civil, la résolution du contrat et l'allocation de dommages et intérêts pour inexécution : cette dette d'argent viendra grossir le passif et ne sera payée qu'en monnaie de dividende. Ainsi en fait le contrat disparaîtra, mais juridiquement déconfiture, faillite et liquidation judiciaire le laissent intact.

L'application de ces principes juridiques se trouvera certes rarement réalisée en cas de faillite ou liquidation judiciaire, car la confiance qu'inspire le commerçant dans les contrats est dans la majorité des cas à coloration patrimoniale ; mais il semble que la déconfiture des non-commerçants permette souvent de la voir jouer. Il est vrai que,

(2) On peut plus simplement dire, semble-t-il, que si la déconfiture, la faillite et la liquidation judiciaire n'ont aucun effet sur le contrat c'est qu'il ne concerne nullement les biens du débiteur, le gage des créanciers. Quoiqu'il en soit, c'est un exemple dans lequel il y a *intuitus personæ* et où ces événements ne produisent aucun effet.

(3) Sauf évidemment s'il a la perspective d'obtenir son concordat.

dans ces hypothèses aussi, la situation de fait sera bien souvent celle décrite ci-dessus.

Quoi qu'il en soit, et au point de vue strictement juridique, la déconfiture, la faillite, la liquidation judiciaire ne produisent, dans les contrats de confiance sans adhérence patrimoniale, aucun effet spécial, ni même aucun effet.

109. II. — *Contrats de confiance à coloration patrimoniale.* Quand la confiance sur laquelle repose le contrat s'est attachée, en même temps qu'à d'autres qualités personnelles, aux qualités patrimoniales du débiteur, quand le contractant ne s'est engagé vis-à-vis d'une personne et n'a stipulé d'elle qu'en considération de cette personne, de sa solvabilité, de son habileté dans les affaires, de son crédit, quand cette confiance a été la considération déterminante de l'engagement, qu'elle a été encore plus active que dans l'ensemble des contrats où chaque partie poursuit un avantage pécuniaire, bref quand il y a eu intuitus personæ à adhérence patrimoniale, la question se pose de savoir quel effet la déconfiture, la faillite, la liquidation judiciaire vont produire sur le lien juridique ainsi créé, et sur le contrat dont il constitue une partie.

Le Code Civil, suivant la tradition, répond à cette question pour deux contrats. Il déclare, dans les articles 1865, 4°, et 2003, 3°, que la société et le mandat prennent fin par la déconfiture de l'un des associés et du mandataire. Et il faut comprendre par là sans conteste qu'il y a lieu à une dissolution de plein droit, c'est-à-dire qui se produit sans avoir besoin d'être prononcée par jugement (donc est exclusive d'un certain pouvoir d'appréciation du juge) et qui peut être invoquée par les deux par-

ties (4) ou leurs ayants cause. Et cette dissolution diffère aussi de celle de droit commun prévue par l'article 1184 du Code Civil en ce que la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté n'a pas d'alternative, et parce qu'elle ne peut demander des dommages et intérêts (5).

(4) D'après de rares auteurs, la dissolution ne pourrait être invoquée que par les coassociés non tombés en déconfiture, faillite, etc... et par le mandant. Pardessus « Cours de droit commercial », 6^e édition, t.IV, n^{os} 1065 et 1066 ; Trolong « Contrat de société », t.II, n^o 907. Mais leur opinion est demeurée isolée.

(5) Toutes ces différences sont unanimement admises aujourd'hui. Mais il ne faut pas en exagérer l'importance et cela pour de nombreuses raisons :

La nécessité d'une demande en justice et d'un jugement exigée par l'art. 1184, C.Civ. se justifie difficilement ; c'est une survivance historique qui ne repose sur aucun fondement rationnel à l'heure actuelle. Voyez sur ce point l'exposé lumineux de Planiol « Traité élémentaire », t.II, n^{os} 1312 et s., p. 492 et s., II^e édit. 1937, nouveau tirage.

D'ailleurs, la jurisprudence a admis dans certains cas que l'un des contractants pouvait rompre le contrat de sa propre autorité et sans en référer à la justice quand des intérêts pratiques doivent être satisfaits avant d'attendre la sentence du juge. Voyez par ex. Cass. 22 déc. 1920, S.1922.1.369, note de M. Morel — pour l'exclusion d'un groupement. Pour plus de détails, voyez Planiol, *ibid.*

D'autre part, si la partie qui n'exécute pas n'a pas le droit de demander en justice la résolution (a.1184 : Voyez par ex. Cass.Civ. 4 et 5 mai 1920, D.P. 1926.1.37 ; Cass.Reg. 30 juil. 1928, D.H. 1928.493), elle peut cependant la provoquer : elle refusera d'exécuter et l'autre partie demandera la résolution du contrat.

Il convient aussi de remarquer que la résolution de plein droit, ou tout au moins une résolution s'en rapprochant, a été admise dans d'autres hypothèses par le législateur (Voyez la loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance : art. 18 et 20 pour le cas de faillite ou liquidation judiciaire de l'assureur) mais pour des raisons pratiques et jouant dans des conditions différentes (Voyez les développements de M. Percerou, Faillites et Banqueroutes, t.II, 1937, n^o 883 bis et s., p. 226 et s.).

Enfin les parties peuvent toujours stipuler que la dissolution du contrat quelqu'il soit aura lieu de plein droit.

Cette dissolution de plein droit prévue pour l'hypothèse de déconfiture, bien qu'exceptionnelle, a été étendue par la jurisprudence au cas de faillite (6) et de liquidation judiciaire (7). Cette jurisprudence qui est justifiée et par des arguments tirés des travaux préparatoires (8) et par des arguments rationnels d'analogie et même a fortiori, est approuvée par la doctrine (9).

110. — Quel est le fondement de ces dispositions spéciales déclarant résolus de plein droit, par la déconfiture, et il faut y ajouter la faillite et la liquidation judiciaire, ces deux contrats intuitus personæ, société et mandat, alors que le droit commun, en présence de ces trois événements, se borne à déclarer le contrat résiliable ?

On pourrait songer à invoquer l'idée d'une impossibilité d'exécution. Mais en réalité l'impossibilité d'exécution n'est pas certaine, l'exécution est seulement rendue improbable. Si bien que dans le silence de la loi, il aurait fallu y voir non pas une cause de résiliation de plein droit mais seulement de résiliation judiciaire (peut-être seulement en cas

(6) Pour la faillite de l'associé :

Paris, 5 janv. 1853, D.P. 54.5.708. Req. 7 déc. 1858, D.P. 59.1,135. Req. 4 août 1880, D.P. 81.1.464. S. 81,1,56. Le seul fait même de la cessation de paiement est déclaré suffisant (Cette solution se rattache à la jurisprudence sur la faillite de fait, qui est généralement critiquée en doctrine). Poitiers, 26 déc. 1892, D.P. 94.2.73.

Pour la faillite du mandataire :

Bordeaux, 18 juillet 1832, J.G.D. V. mandat, n° 494.

(7) Pour la liquidation judiciaire d'un associé :

Poitiers, 26 déc. 1892, D.P. 94.2.73.

(8) Le mot déconfiture comportait aussi lors des travaux préparatoires du C.Civ. le sens de faillite, les différents orateurs ont employé sans faire de différence l'un ou l'autre.

(9) Contra cependant Pic, note au D.P. 94.2.73.

de refus de garanties spéciales). Mais la loi en a décidé autrement, et sa solution, inspirée de la tradition du droit romain et de l'ancien droit, s'explique par une présomption de volonté : elle sous-entend, dans la société et le mandat, une clause tacite de résiliation de plein droit en cas de déconfiture. Et cette présomption nous semble conforme à la nature des choses parce que ces trois événements, déconfiture, faillite, liquidation judiciaire, portent atteinte à la confiance qu'avait l'autre contractant aux qualités patrimoniales du débiteur. Cette confiance s'était intégrée dans le but poursuivi par les parties. Sa disparition, car la loi ne fait pas autre chose que présumer qu'elle a disparu, empêchera probablement le but de se réaliser. Il est équitable que pour l'avenir le lien juridique et le contrat cessent de produire leurs effets.

Cette solution qui est conforme à la volonté probable des parties dans les contrats intuitus personæ à base de confiance à coloration patrimoniale doit s'appliquer malgré l'absence de texte à tous les cas où l'on retrouve cette confiance spéciale, cet intuitus personæ spécial, et seulement à ces cas (10). C'est pourquoi nous croyons que le principe à la base des dispositions précitées devra par exemple être appliqué par l'interprète à l'ouverture de cré-

(10) Lyon-Caen Renault, t.VII, 1934, n° 183, p.205 et auteurs cités infra, note 12.

(11) Remarquons que la personnalité du crédit n'intervenant pas à propos de la qualité de l'exécution de son obligation de rembourser (oblig. de donner), il semblerait que la masse dût pouvoir se substituer au failli. Mais ce serait ne pas tenir compte de l'autre aspect de l'intuitus personæ qui existe ici : intuitus personæ de confiance visant la garantie de l'exécution, on a fait confiance au crédit non seulement pour son patrimoine, mais aussi pour son habitude des affaires, etc...

dit (11 et 12) (faillite du crédit), au contrat de compte courant (12) (faillite d'un des correspondants), au contrat de commission (13), au contrat d'édition si l'on admet qu'il est conclu intuitu personæ (14), etc..., et à l'inverse qu'il ne s'appliquera pas, malgré les termes larges de l'article 1865 C. Civ. à tous les contrats de société, mais seulement à ceux conclus intuitu personæ (15).

(12) Cass. 18 janv. 1887, D.P. 87.1.278. Cass. 8 mars 1897, Journal des faillites 1897, p. 243 ; Poitiers, 7 nov. 1898, ibid. 1899, p. 113 ; Civ. rej. 8 juillet 1891, D.P. 92.1.598 et la note ; Req. 9 nov. 1906, D.P. 907.1.78.

Voyez Bonnichon, Th. Paris 1900, n^{os} 32 et s., p. 39 et s. ; Percerou, Des Faillites, t.II, n^o 882, p. 223 ; Lyon Caen et Renault, loc. cit.

(13) Lyon Caen, Renault, op.cit., n^o 180 bis ; Percerou, op.cit., n^o 881, p. 222 ; Bonnichon, op.cit., n^{os} 30 et s., p.30 et s.

Cpr. Amiens, 21 mars 1891, D.P. 92.2.305 (mais ici faillite commettant). Voyez aussi ces auteurs pour la difficulté relative à la question de savoir si l'on se trouve en présence d'un contrat de commission (résolu de plein droit) ou d'un louage de services (pour lequel cette résiliation de plein droit n'a pas lieu).

(14) Sur ce point, voy. Percerou, op. cit., n^o 883 et note 1, p. 224 ; Lyon Caen, Renault, n^o 183 et bibliographie, note 1, p. 206 ; Rault, Th. Paris 1927.

Cpr. les projets Société d'Etudes Législatives et J. Zay, cités supra, n^o 33.

(15) Voyez les auteurs cités, supra, note 12.

Il y a cependant deux exceptions légales à signaler : 1^o la société à responsabilité limitée, bien que constituée en considération de la personne des associés, n'est pas dissoute de plein droit par la faillite d'un des associés : art. 36, loi du 3 mars 1925.

2^o de même les sociétés à capital variable (quand elles reposent sur la considération des personnes des associés, car dans l'autre hypothèse, ce n'est plus une exception au principe posé), art. 54, loi du 24 juillet 1867.

SECTION II. — *Clauses*

III. — Cet effet que ces trois événements (déconfiture, faillite, liquidation judiciaire) produisent d'une façon normale dans certains contrats empreints d'intuitus personæ à adhérence patrimoniale, peut être introduit aussi par la convention des parties dans d'autres cas. D'autres fois, il peut être exclu expressément ou tacitement (16) des cas où il se serait produit normalement, et cela soit au moment de la formation du contrat, soit postérieurement (17) pourvu que le consentement des parties soit antérieur à la faillite (puisque sans cela il y aurait, au moins théoriquement, nouveau contrat, l'ancien ayant été dissous de plein droit). Et l'exclusion de cet effet, qu'elle intervienne lors de la formation du contrat ou postérieurement, peut être prévue de deux façons si le contrat comprend plusieurs personnes, comme par exemple une société comprenant plus de deux membres : il peut d'abord être stipulé que le contrat continuera à produire effet avec la personne tombée en faillite, liquidation judiciaire ou déconfiture (ou avec ses héritiers si elle disparaît) (18). Il peut aussi être prévu que le con-

(16) Voyez cependant Douai, 22 mars 1906, J.S. 1907. 73. Mais voyez les arrêts cités aux notes suivantes.

(17) Poitiers, 26 décembre 1892, S. et P. 94.2.297. D.P. 94.2.73.

(18) Riom, 21 mai 1884, D.P. 85.2.86 et sur pourvoi. Req. 10 mars 1885, S. 86.1.410. D.P. 85.1.441. Contra Baudry Lacantinerie et Wahl, *La Société*, n° 429.

Cette clause peut intervenir évidemment dans un contrat ne comprenant que deux personnes, ex. dans un mandat il peut avoir été décidé que la faillite du mandataire ne dissoudrait point le contrat.

trat continuera à produire effet entre les autres contractants, le failli (par exemple) étant exclu (19).

Mais les parties ont aussi le droit — au lieu soit d'exclure cet effet en éliminant le membre atteint par l'un des trois événements ou en prévoyant la continuation avec ce membre, soit d'introduire purement et simplement cet effet dans une hypothèse où il ne se serait pas produit — de stipuler une option à exercer quand l'événement se sera produit : c'est-à-dire donner aux autres membres ou au membre atteint (c'est alors généralement le syndic qui exerce ce droit) ou à ses deux séries de personnes la faculté de résilier le contrat par simple déclaration de volonté dans un certain délai. Cette stipulation permet aux parties d'apprécier la situation et de prendre une décision au moment où l'événement s'est produit et où l'on peut mieux juger des effets qu'il est susceptible de produire.

On voit par le rappel sommaire de ces clauses — et elles ne sont pas les seules — quel aspect nuancé peut revêtir en pratique la notion de l'intuitus personæ dans les contrats où la confiance est à adhérence patrimoniale.

(19) Orléans, 29 août 1844, D.P. 54.5.708 ; Grenoble, 1^{er} mai 1894, D.P. 95.2.221 ; Req. 18 janv. 1881, D.P. 81.1.244 (association en participation continuera malgré la déconfiture de l'un des membres).

CHAPITRE IV

INCESSIBILITÉ DU LIEN INTUITUS PERSONÆ A UN TIERS

SECTION I. — *La Règle*

112. — Etant donné l'importance de la considération de la personne dans le lien juridique intuitus personæ, il semblerait que la substitution entre vifs à la personne choisie d'un tiers dans ce lien, après sa naissance, fût totalement impossible quand l'autre contractant ne consent pas à ce remplacement (1). Mais la question mérite un examen plus approfondi : d'une part, en effet, la substitution d'une personne à une autre dans un lien juridique sans le consentement de l'autre personne, support du lien, est quelquefois impossible même en l'absence d'intuitus personæ — et, d'autre part, quand il y a intuitus personæ, il est nécessaire de préciser la nature et la portée des obstacles que la notion d'intuitus personæ va apporter à cette substitution.

(1) Quand cet autre contractant a donné son consentement à la substitution — que ce soit lors de la formation du contrat ou postérieurement — expressément ou tacitement et que cette substitution est valable, la question ne se pose plus. Il s'agira seulement d'appliquer l'accord des parties — et éventuellement, pour ce faire, de rechercher leur volonté commune. Il y a alors exclusion d'une conséquence de l'intuitus personæ.

Il semble que la question d'ailleurs doive être envisagée selon les différents aspects de l'intuitus personæ. Mais il convient d'abord de préciser la mesure dans laquelle elle se pose.

Il convient de mettre complètement à part les conventions qui tendraient à substituer un tiers à la place d'une des parties dans les liens juridiques nés des contrats du droit des personnes. Que l'autre contractant y ait consenti ou non, de telles conventions sont frappées d'une nullité absolue, d'une nullité d'ordre public. La matière en effet est relative à l'état des personnes. Une famille a été créée par l'union de deux personnes ou une personne a été admise dans le cercle de famille : ni l'un des conjoints, ni l'adopté, ne peuvent dans le lien juridique qui les lie, soit à l'autre conjoint, soit à l'adoptant se substituer un tiers. L'état juridique est attaché à la personne physique et celle-ci ne peut s'en séparer en le cédant à un tiers. La question ne fait, de ce chef, aucune difficulté et nous ne l'avons signalée que pour l'exclure de notre étude.

Mais dans le droit des contrats la substitution d'un tiers à l'un des contractants sans le consentement de l'autre contractant s'est posée nécessairement. Avant d'essayer de déterminer la nature et la portée de l'intervention de la notion d'intuitus personæ en cette matière, il convient de passer en revue les solutions admises d'une manière générale, quand il n'y a pas d'intuitus personæ.

113. A. — Supposons donc, en premier lieu, que nous sommes en présence d'un lien juridique sans intuitus personæ. Le lien est né d'un contrat mais il n'a pas encore été exécuté. L'une des personnes, sans le consentement de l'autre, transmet, à titre onéreux ou à titre gratuit, ses droits et ses

obligations (ou seulement une partie) à un tiers. En d'autres termes cède à un tiers sa place dans le lien juridique (2), (ou s'adjoint un tiers dans cette place). Dans quelle mesure cette cession va-t-elle produire effet ? Est-elle valable entre cédant et cessionnaire ? Quels effets produira-t-elle, vis-à-vis de l'autre contractant qui ne l'a pas autorisée ? Entre cédant et cessionnaire la convention est en principe valable : les parties seront liées juridiquement dans les termes de leur commune volonté, le principe de la liberté des conventions validant une telle opération (art. 1134 C. Civ.).

Mais la convention est-elle opposable à l'autre sujet du lien juridique en ce sens d'une part, qu'il n'aura plus de lien juridique à aucun titre, avec son ancien créancier ou son ancien débiteur ou son ancien créancier et débiteur à la fois, et d'autre part que le lien juridique reposera désormais vis-à-vis de lui sur une autre personne que son cocontractant originaire ? Mise à part l'hypothèse d'une indivisibilité entre les deux positions — créancière et débitrice — du sujet cédant dans le contrat, il convient de distinguer : La cession de sa position de créancier produira ses pleins effets vis-à-vis de l'autre sujet du lien juridique, peut-être à certaines condi-

(2) Quand le même lien juridique subsiste et qu'il s'agit d'une obligation, d'une dette, nous sommes en présence d'une cession de dette. S'il disparaît et si un autre le remplace il y a novation par changement de débiteur ou délégation parfaite. La différence est grande entre les deux situations (dans le premier cas par exemple, permanence des sûretés et des exceptions non dans le second). Mais cette différence ne concerne pas le point de vue auquel nous nous plaçons au texte. Est-il besoin d'ajouter que nous admettons, avec la majorité des auteurs, la possibilité de faire une convention de cession de dette en droit français bien que le Code Civil n'en parle pas ?

tions de forme que nous n'avons pas à étudier ici. Cet autre sujet, sans qu'il ait accepté, n'aura plus le même créancier et pourtant le même lien juridique pèsera sur lui.

La cession de la position de débiteur au contraire est en principe sans effet sur l'autre sujet du lien juridique. Malgré la cession il conservera ses droits complets contre son cocontractant. La solution est identique, même si le contrat primitif permettait le sous-contrat, même si l'autre contractant l'avait autorisé (3). Bien plus, alors même que le créancier aurait accepté le débiteur que son propre débiteur fait engager vis-à-vis de lui, le débiteur primitif n'est pas libéré : le créancier acquiert des droits contre une nouvelle personne mais il conserve son ancien débiteur. Quel est le fondement de cette solution, quelle est la raison à la base de l'article 1275 C. Civ (4) déclarant que « la délégation, par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation » ? Comment expliquer cette nécessité de l'intervention du créancier pour décharger son débiteur originaire ?

Une idée bien simple vient à l'esprit : le changement de débiteur peut modifier la prestation (lato sensu) qu'il recevra : or la volonté de l'autre partie ne peut modifier la situation créée par contrat. Mais

(3) Voyez Demogue, T. VIII, N° 697 bis, p. 60.

Ex. : Dans le bail d'immeuble, Lyon 30 juin 1887, S. 89. 2.180.

Pour l'entreprise voy., Jèze « Contrats administratifs », p. 225.

(4) Voyez cependant art. 19 loi 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance.

quel changement est produit, ou peut se produire, en l'absence d'intuitus personæ ? Ce changement se produit à divers points de vue que nous n'aurons pas la prétention de passer tous en revue. Evidemment le trait commun de ces différences, c'est qu'elles se relient nécessairement par un lien plus ou moins direct au changement de la personne du débiteur. Le changement le plus important tient à la différence de solvabilité entre le nouveau débiteur et l'ancien. Le créancier avait comme gage général (art. 2092) pour la garantie de sa créance tout le patrimoine de son premier débiteur. Le remplacement de ce débiteur par un tiers vient changer ce gage général. Certes ce changement ne sera peut-être pas désavantageux pour le créancier, mais il suffit qu'il puisse l'être pour qu'on ne pût même en législation et du moins en général lui imposer cette modification.

S'il s'agit d'une obligation de livrer un corps certain dont le créancier est déjà propriétaire le changement de la personne du débiteur peut modifier les risques auxquels la chose est soumise ; or l'on sait qu'en principe les risques sont pour le propriétaire — ici le créancier : on pourrait donc modifier sa situation.

S'il s'agit de donner une chose de genre, la qualité de cette chose — à défaut de détermination précise dans le contrat — pourrait varier sans doute d'un débiteur à l'autre, dans les limites tracées par la loi (art. 1246) (5). L'un la donnerait de la meilleure espèce, l'autre de qualité moyenne. De même

(5) Le principe posé par le législateur dans cet article pour les choses fongibles n'a pas, dans la loi, son équivalent pour les faits fongibles.

chaque personne est plus ou moins exacte dans ses paiements, exécute plus ou moins spontanément ses obligations.

La situation du créancier peut aussi être modifiée sérieusement par le changement de l'autre co-contractant à d'autres points de vue ; ainsi, le débiteur substitué exerce la faculté de résiliation du contrat de travail à durée indéterminée ; l'ancien patron ne l'aurait peut-être pas fait (6).

Dans toutes ces hypothèses — et elles ne sont pas les seules possibles — le changement de la personne du débiteur modifie ou risque de modifier la situation que le contrat avait créée au créancier : de telles modifications ne sont possibles que s'il donne son consentement.

On ne peut modifier la situation d'un créancier dont la créance est née d'un contrat ou de toute autre cause, sans sa volonté, en changeant la personne de son débiteur. Mais il ne faut pas voir dans ce principe une manifestation de la notion d'intuitus personæ. Certains auteurs parlent à propos de l'impossibilité de la cession de dette en général, d'un « intuitus personæ assez mal caractérisé » (7).

Nous estimons qu'il y a dans l'emploi de cette expression une source de confusion regrettable. Certes la nécessité du consentement du créancier repose sur les changements que peut entraîner le remplacement d'un débiteur par un autre, d'une personne par une autre. Mais il n'y a pas là d'intuitus personæ au sens technique que nous avons donné à ce mot. Pour nous en effet il n'y a d'intuitus personæ, que si

(6) Cass. Civ. cass. 3 janvier 1928, D.H. 1928.81.

(7) Voirin, note au D.P. 1928.2.196. Sous Lyon 16 mai 1928.

— M. Camerlynck dans sa thèse, p. 7 et s., parle sans ambages d' « intuitus personæ » !

la considération de la personne a vraiment déterminé l'une des parties à donner son consentement. Or ce phénomène n'existe pas dans tous les cas d'obligation et de contrat et à plus forte raison quand il s'agit d'une obligation née d'une source autre que le contrat ou autre que la volonté.

Ce principe qui est dans une large mesure une conséquence de l'individualisme qui a dominé l'élaboration de notre droit reçoit souvent application : quand une personne cède sa place dans un contrat ou s'adjoint un tiers dans cette place, elle demeure quand même tenue des obligations à côté du nouveau débiteur. Ainsi, dans un bail, le preneur principal, même après la sous-location ou la cession de son bail, opérations que l'art 1717 C. Civ. lui donne le droit de faire, demeure en principe tenu envers le bailleur (8) et même si l'autre contractant avait accepté le nouveau débiteur qu'on a fait engager vis-à-vis de lui (9).

114. B. — Ces principes sont généraux : ils doivent aussi s'appliquer au cas où le contrat primitif comportait l'intuitus personæ. Mais il convient de se demander si la notion d'intuitus personæ ne vas pas apporter des obstacles nouveaux à la validité du sous-contrat ?

C'est la question que nous allons chercher à résoudre maintenant en nous plaçant successivement devant le cas d'un créancier choisi intuitu personæ puis d'un débiteur spécialement choisi.

(8) Paris, 10 juillet 1875, D.P. 78.2.105.

(9) Lyon, 30 juin 1887, S. 89.2.180.

I. — *L'intuitus personæ d'affection
et le sous-contrat*

L'intuitus personæ d'affection constitue-t-il un obstacle soit juridique soit de fait à la transmission à un tiers du lien juridique qui le comporte ?

Si un créancier quelconque peut vis-à-vis du débiteur se substituer un tiers, en est-il de même, quand il a été spécialement choisi, quand la considération de sa personne a été la « cause principale », déterminante de l'engagement du débiteur ? La cession que ce créancier ferait de sa « position créancière » à un tiers serait-elle opposable au débiteur ?

La question ne se posera généralement pas pour la donation : la propriété des objets donnés est en effet transférée au donataire dès qu'existe le consentement des parties (art. 938 C. Civ.). Dès ce moment par conséquent le donataire pourra en principe (10) disposer librement des biens puisqu'il en est le propriétaire. Le lien intuitus personæ se ré-

(10) Des clauses d'inaliénabilité peuvent valablement l'en empêcher : a) pour toute sa vie, dans le cas de substitution permise (art. 1048 à 1074, qu'il s'agisse d'un donataire ou d'un légataire) ; b) temporairement quand la clause est justifiée par un intérêt sérieux (d'après la jurisprudence — voyez Planiol, *Traité élémentaire*, T. II, N^{os} 2343 et s. ; Josserand, « *Les mobiles...* », N^{os} 223 et s., p. 277 et s., et la bibliographie citée). Cet intérêt légitime peut être celui du donateur, celui du donataire ou celui d'un tiers. Quand c'est celui du donataire, la clause est généralement destinée à le protéger contre son inexpérience ou sa prodigalité : le fondateur ou le testateur a voulu que l'utilité à tirer du bien donné lui profite plus sûrement.

Mais l'intuitus personæ ne peut justifier la validité des clauses d'inaliénabilité (Voinin, note D.P. 1928.2.196).

soud immédiatement par le transfert de propriété : le donataire n'est plus désormais un créancier choisi intuitu personæ : c'est un propriétaire. Il se peut qu'il soit encore créancier du bien donné si la livraison n'a pas lieu immédiatement, mais cette créance de livraison ne comporte pas en principe l'intuitus personæ. Donc le problème que nous avons soulevé n'existe pas pour la donation.

Mais il se pose dans les contrats de bienfaisance, tels le dépôt, le mandat, le prêt à usage. Alors le lien intuitus personæ ne se résoud pas en un trait de temps, son exécution n'est pas instantanée. Et la difficulté peut se présenter en pratique. Par exemple un déposant prétend transmettre à un tiers auquel il vend la chose déposée le bénéfice du dépôt. Le dépositaire est-il tenu de continuer à prêter ses services au nouveau propriétaire ? Quid s'il s'était engagé envers le déposant à garder le dépôt pendant un certain temps non encore expiré ? Le mandataire qui, par amitié, s'était chargé de louer votre immeuble, peut-il se voir contraint à exécuter le mandat au profit de l'acquéreur auquel vous auriez transmis aussi la créance résultant pour vous du mandat ? Le prêteur à usage peut-il se voir opposer la cession à un tiers du bénéfice du contrat quand il n'a consenti le prêt qu'en raison de la bienveillance que l'emprunteur lui inspirait (11) ?

Nous pensons qu'à toutes ces questions, il faut

(11) Dans cette hypothèse il se peut aussi qu'un sentiment de confiance se juxtapose à l'affection : l'obstacle résultant de l'intuitus personæ se trouvera plus infranchissable en fait mais théoriquement s'il n'y avait que cette confiance en la personne de l'emprunteur, on concevrait que celui-ci pût céder le bénéfice de son contrat, puisse se substituer un tiers dans le lien juridique, à condition évidemment de continuer à jouir en fait en personne (au profit de son cessionnaire, pour le compte de son cessionnaire).

en principe répondre négativement. Certes dépositaire, mandataire, prêteur à usage se sont bien obligés, même pour un certain temps, mais ils se sont engagés vis-à-vis d'une personne déterminée exclusivement. C'est à elle seulement qu'ils ont voulu rendre service : de même qu'ils cessent d'être tenus quand cette personne meurt, de même ils ne le seront plus quand elle se sera substituée un tiers (12). Leur engagement, par sa nature *intuitus personæ*, était limité à sa personne exclusivement. Les considérer comme obligés vis-à-vis de toute autre, ce serait augmenter leurs engagements, les rendre débiteurs sans leur volonté.

La notion de l'*intuitus personæ* peut donc être considérée comme un obstacle juridique à la cession, par un créancier choisi en raison de l'affection qu'il inspirait de sa position créancière dans le contrat. Dans ces cas, on voit nettement réunies l'influence décisive de la considération de la personne du créancier sur le consentement du débiteur au moment de la formation du contrat et l'attache à la personne après la formation du contrat. L'*intuitus personæ* à base d'affection rend compte de l'obstacle à la cession de la position créancière dans un contrat.

(12) Il va sans dire que la solution est identique pour les cas où les créanciers personnels du déposant, du mandant, de l'emprunteur à usage voudraient exercer les droits de leur débiteur conformément à l'art. 1166 C. Civ. Les droits que nous envisageons font partie « de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne », exception prévue par l'article 1166 in fine. On rattache quelquefois à cette idée un arrêt de cassation de la Chambre Civile, 5 août 1878, S. 79.1.164 (rendu à propos d'un bail à nourriture) (Lalou, th. p. 220). Mais cet arrêt est critiquable en grande partie parce que le bail à nourriture avait été constitué à titre onéreux. Sur le rôle de la notion d'*intuitus personæ* en général dans le jeu de l'art. 1166 C. Civ. voyez notamment Demolombe, T. XXV, N^{os} 60 et s., p. 66 et s.

II. — *L'intuitus personæ de confiance et le sous-contrat*

115. — Le législateur n'a pas envisagé cette question du point de vue général. Mais il nous semble que dans deux séries de textes — peut-être dans trois (article 1861 ; art. 1763 et 1764, peut-être aussi art. 1994 c. Civ.) — il s'est occupé de cas relevant de cette question. Il nous faut donc préciser les règles qu'il a posées en la matière, en rechercher le fondement, voir dans quelle mesure ces principes s'appliqueront à tous les cas de contrats intuitus personæ à base de confiance.

Et d'abord, que ressort-il de l'article 1861 du Code Civil ? D'après ce texte « chaque associé peut sans le consentement de ses associés s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société ; il ne peut pas, sans ce consentement l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration ».

Ce texte vise uniquement l'hypothèse où l'un des associés veut associer quelqu'un à sa part (13). Il ne vise expressément que le sous-contrat de société, et peut-être seulement le sous-contrat partiel. Et il déclare qu'entre les deux parties le sous-contrat est valable : entre le tiers et l'associé se forme une sous-société relativement à la part de l'associé dans la société principale ; mais qu'à l'égard des autres associés le tiers ne peut être associé à la société principale que si tous les associés (et entendez par là l'unanimité (14)) ont donné leur consentement.

(13) Voyez la note de M. Capitant sous Paris, 29 juin 1927, D.P. 1927.1.161.

(14) Besançon, 28 déc. 1842 et 23 avril 1845, S. 46.2655.

Ce principe, qui remonte au droit romain et a toujours été admis, est expliqué généralement par le caractère *intuitus personæ* du contrat de société. Il n'y a pas au fond de cet article 1861 une application du principe de l'effet relatif des contrats (article 1165), ni la seule interdiction de la cession de dette sans le consentement du créancier comme elle se retrouve à propos d'autres contrats et sous-contrats en général. Il y a plus, c'est la position de l'associé vis-à-vis de ses coassociés qu'un tiers ne peut acquérir. Et cela est conforme à la nature traditionnelle du contrat de société. Les associés en effet ont contracté entre eux à raison de leur personne — la considération de la personnalité de chacun d'eux a été déterminante du consentement des autres. Les liens juridiques découlant du contrat n'ont été conçus et créés que comme devant sinon reposer sur telles personnes bien déterminées et spécialement choisies tout au moins n'être mis en œuvre que par ces personnes (15). L'un quelconque des associés — eût-il l'administration de la société — en s'adjoignant un tiers et en prétendant l'imposer à titre d'associé violerait le contrat : une telle modification au contrat n'est possible que du consentement unanime des autres contractants.

Et c'est une conséquence analogue, bien que différente, que les articles 1763 et 1764 du Code Civil tirent du caractère *intuitus personæ* d'un autre contrat. D'après l'article 1763 « Celui qui cultive

(15) Cpr. Aubry et Rau par Martin, T. VI, § 381, p. 32 et notes 11 bis et 12.

Cpr. Rouen, 2 janv. 1847, D.P. 51.2.233 (part sociale donnée en nantissement). Cpr. Aubry et Rau, op. cit. § 381 bis, p. 33 et s., pour l'adjudicataire d'une part sociale (saisie et vendue sur les poursuites des créanciers personnels de l'associé) — et Paris, 13 août 1834, S. 34.2.674.

sous la condition d'un partage de fruits avec le bailleur, ne peut ni sous-louer ni céder, si la faculté ne lui en a été expressément accordée par le bail ». Et l'article 1764 indique la sanction de cette règle : « En cas de contravention, le propriétaire a droit de rentrer en jouissance, et le preneur est condamné aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution du bail ».

La sanction, on le voit, semble différente de ce qu'elle était dans l'hypothèse de l'article 1861 C. Civ.

Enfin, dans l'article 1994 du Code Civil, le législateur, au moins pour la majorité de la doctrine, aurait permis au mandataire, bien que choisi intuitu personæ, de se substituer quelqu'un dans la gestion. Mais alors, n'ayant pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un (de la convention), il répond de celui qu'il s'est substitué. Dans ce cas, en principe, le mandant ne pourrait s'opposer à la substitution de son débiteur choisi cependant intuitu personæ.

Peut-on de ces trois séries de textes tirer une règle générale pour la transmission à un tiers du lien intuitus personæ par la personne spécialement choisie ? Peut-on de ces trois cas dégager une solution précise ?

Certes, le raisonnement par analogie permettra souvent de régler les questions pratiques qui pourront se présenter en assimilant la situation de fait envisagée à l'une des trois situations que nous avons exposées.

Mais on peut chercher à aller plus avant et essayer de dégager la règle générale à appliquer à la situation résultant de la cession par la personne choisie à un tiers de sa place dans le contrat. Cette règle générale devra permettre de régler toutes les

situations qui pourraient se présenter en la matière, en même temps qu'expliquer les solutions données par le législateur dans les trois cas qu'il a prévus. Certes dans ces trois cas le législateur a suivi la tradition, mais il faut se demander sur quel fondement juridique repose les solutions qu'il a posées. On ne peut se borner comme on le fait généralement à dire que l'article 1861 repose sur la notion d'intuitus personæ, s'il est vrai surtout qu'en présence de cette même notion, en matière de mandat, le législateur a posé une règle inverse !

En pratique, dans toutes les hypothèses, la volonté commune des parties nuancera la situation. C'est cette volonté surtout qu'il faudra faire appliquer, c'est d'elle dont il faudra tenir compte. Et il faut justement que la règle posée permette d'en tenir compte.

Cette règle, nous pensons précisément que c'est celle qui est applicable de droit commun en cas d'inexécution par le débiteur de son obligation, c'est elle qui existe au fond des articles 1861 et 1763-1764 comme peut-être de l'article 1994. C'est elle qui devra régler les situations non expressément prévues par ces textes ; bref c'est elle qui donne la clé de la situation résultant de la cession à un tiers par la personne spécialement choisie de sa place dans le lien intuitus personæ.

Quand la personne choisie intuitu personæ dans un contrat cède à un tiers sa place dans ce contrat on ne peut dire a priori si cette cession est valable ou non vis-à-vis de l'autre contractant originaire. Il s'agit de savoir si cet acte est une inexécution du contrat et si en présence de cette inexécution l'autre contractant a le droit de ne pas se laisser oppo-

ser cet acte (16), a le droit de demander la résolution du contrat (art. 1184) et éventuellement, des dommages et intérêts (17). C'est croyons-nous en principe le droit commun qui doit s'appliquer.

Ce droit commun a été spécialement mis en œuvre par le législateur dans certains cas que nous avons envisagés. Dans l'hypothèse de l'article 1861 du Code Civil, tant que le croupier ne s'immisce pas dans les affaires sociales, il n'y a pas inexécution du contrat de la part de l'associé cédant, d'où la solution donnée. En présence du contrat de métayage au contraire, le seul fait de la cession ou sous-location pour le législateur est une violation du contrat de la part du métayer, et une violation assez grave pour que le bailleur ait le droit de rentrer en jouissance et de faire condamner le métayer à des dommages et intérêts (le législateur fait-il résulter le préjudice, nécessaire d'après le droit commun pour l'obtention de dommages et intérêts, de la simple cession ou sous-location ? peut-être).

Enfin dans le cas du mandat le seul fait par le mandataire de se substituer un tiers n'a pas été considéré comme une violation du contrat suffisante pour se voir interdire par la nature du contrat. Peut-être le mandant ne subira-t-il pas de préjudice par suite de la substitution, peut-être le mandataire n'est pas en faute ou est obligé dans certains cas de se substituer un tiers ! La responsabilité du mandataire sera une garantie suffisante pour le mandant. D'ailleurs la solution est traditionnelle.

Ces solutions particulières — qui s'expliquent

(16) Nous faisons ici abstraction de la cession de dette.

(17) Si le cessionnaire s'est rendu complice de la violation de l'obligation, il verra aussi sa responsabilité engagée.

par la tradition— malgré leur rigidité, ne sont qu'une application des principes généraux du droit, sinon dans leurs termes, du moins dans leur esprit.

116. — Et nous pensons que l'application de ce droit commun sera préférable, plus souple que la règle qu'on semble généralement admettre en matière de cession de contrat intuitus personæ. Il est courant en effet de dire que le lien intuitus personæ est incessible (18). Cela pourtant n'est pas strictement exact : il n'y a dans cette formule qu'une vérité approximative. On peut le constater en envisageant les deux aspects de l'intuitus personæ de confiance visant la personne du débiteur, que nous avons dégagés (19).

Supposons d'abord que nous sommes en présence d'un intuitus personæ de confiance relatif à la garantie de l'exécution de l'obligation. La personne du débiteur n'a pas été choisie pour la qualité de l'exécution ; on sait qu'un tiers pourrait payer à la place de ce débiteur car en principe l'article 1237 est inapplicable. Mais si la substitution matérielle d'un tiers au débiteur est possible pour le paiement, il n'en est plus de même de la substitution dans le lien juridique car alors il y a bien violation évidente du contrat. Les principes qui ressortent des articles 1861 et 1763-1764 du Code Civil concordent avec les principes sanctionnant l'inexécution des contrats : il y a faute (20), préjudice, rap-

(18) Voyez une critique intéressante de cette proposition dans Huc, T. X, N^{os} 206 et 207 (mais nous faisons toutes réserves sur le bien-fondé du développement au N^o 207).

(19) Voir supra N^o 20.

(20) A plus forte raison fait du débiteur — cause d'inexécution non étrangère.

port de causalité, donc dommages et intérêts, résolution du contrat synallagmatique seront possibles (21).

117. — Si l'on suppose au contraire qu'il s'agit d'un intuitus personæ de confiance visant la qualité de l'exécution de l'obligation et que le débiteur se substitue un tiers dans le lien juridique en est-il de même ? Rigoureusement, il semble difficile de l'admettre car il n'y a pas violation proprement dite du contrat. Il n'y aura violation du contrat qu'au moment où le nouveau débiteur voudra exécuter en personne. Alors le créancier pourra invoquer et l'article 1237 et réclamer les sanctions de l'inexécution du contrat, car alors les conditions d'application de ces sanctions se trouveront réunies.

Ainsi en présence d'un intuitus personæ de confiance relatif à la garantie de l'exécution de l'obligation, le remplacement matériel du débiteur par un tiers pour le paiement serait valable, non le remplacement dans le lien juridique. En présence d'un intuitus personæ de confiance relatif à la qualité de l'exécution de l'obligation, les solutions inverses s'imposeraient.

(21) Il importe cependant de remarquer que dans cette hypothèse, il n'y a pas que la notion d'intuitus personæ qui soit un obstacle à la substitution dans le lien juridique, il y a aussi l'impossibilité de la cession de dette sans le consentement du créancier : les deux notions unissent leurs effets ici. Mais théoriquement il importait de montrer que la solution pouvait se rattacher exclusivement ici à l'idée d'intuitus personæ de garantie de l'exécution. Il semble même que ce soit cette notion qui explique en l'hypothèse l'inexécution du contrat. Il pourrait y avoir un intérêt pratique à la distinction si l'interdiction de la cession de dette était levée par le législateur. Peut-être cet intérêt apparaît-il dans les pays qui admettent la cession de dette.

Mais des objections d'ordre pratique viennent réduire la portée de ce raisonnement rigoureux. On peut se demander, en effet, en présence d'un intuitus personæ de confiance relatif à la qualité de l'exécution à quoi servirait le remplacement dans le lien juridique (remplacement qui serait valable), si le nouveau débiteur devait pour exécuter, pour le dénouement du lien juridique, employer les services de l'ancien (22) ? Aussi, en pratique, dans ce cas, il faut admettre que si la cession n'est pas directement une violation du contrat (ce qui est vrai, répétons-le, quand l'interdiction elle-même de cession ne résulte pas expressément ou tacitement, implicitement de l'intuitus personæ, quand on est en présence exclusivement d'une nécessité d'exécution personnelle) elle fait supposer néanmoins avec de grandes probabilités que c'est le nouveau débiteur qui exécutera, donc qu'il y aura violation du con-

(22) Il est cependant des cas où cet intérêt existe. Mais dans des situations légèrement différentes, c'est l'hypothèse par exemple des parts d'intérêts des sociétés de personnes qui tombent dans la communauté quand leur titulaire se marie sous ce régime. En principe la société ne peut se plaindre tant que l'époux, associé choisi intuitus personæ, continue à remplir en personne le rôle intuitus personæ qui lui était dévolu. C'est en suivant ce principe qu'on peut résoudre toutes les difficultés qui peuvent se présenter en la matière et dans les matières analogues. (Cependant on peut se demander s'il n'y va pas y avoir d'atteinte à l'affectio societatis du fait que l'associé qui continuera à jouer son rôle intuitus personæ ne sera plus que pour partie directement intéressé à la bonne marche de la société). Cpr. sur ces difficultés relatives à cette question ou à des questions analogues : Planiol, *Traité élémentaire*, T. III, N° 917, p. 72 ; *Traité Pratique*, T. VIII (Nast), N°s 172 et s. ; T. XIV, N° 172, p. 267 ; Capitain, note sous Paris, 29 juin 1927, D.P. 1927.2.161 ; Lemaître, *J. des Notaires*, 1928, p. 5 ; Bourcart, *J.S.* 1928.449 ; Houpin, *J.S.* 1929.529, Paris, 18 janvier 1927, *J.S.* 1929.555. Cpr. aussi la chronique de M. H. Lalou, *D.H.* 1928, p. 45 et s.

trat. C'est dans ce sens seulement que l'on peut dire que de l'intuitus personæ résulte l'interdiction de cession du contrat. Mais il ne faut voir dans une pareille formule que l'énonciation de l'application des principes généraux de l'inexécution du contrat au cas le plus fréquent d'intuitus personæ.

118. — Dans la mesure où l'intuitus personæ, qu'il recouvre un sentiment d'affection ou un sentiment de confiance, entraîne l'incessibilité du lien juridique, de la créance ou de l'obligation, la notion de l'obligation — lato sensu — reste attachée à la personne soit du créancier soit du débiteur, comme l'étaient à l'origine toutes les obligations à la personne de leurs deux sujets (actif et passif). La notion de l'intuitus personæ constitue en quelque sorte un îlot qui a résisté à l'évolution historique de l'obligation — évolution qui a consisté en une dépersonnalisation croissante (23). Cette résistance montre l'intensité de l'attache à la personne que l'on trouve dans l'obligation intuitus personæ.

(23) Voyez notamment Saleilles, *Théorie de l'obligation*, 1925, p. 64 et s., et surtout p. 71 ; Gaudemet, *Du transport de dette à titre particulier*, th., p. 2 et s.

SECTION II. — *Clauses*

119. — L'incessibilité du lien *intuitus personæ* peut, comme les autres conséquences du phénomène étudié, être exclue ou modifiée par la volonté des parties — de même d'ailleurs qu'elle peut être introduite dans un contrat sans caractère personnel.

On peut d'abord l'exclure radicalement, c'est-à-dire conférer au contractant choisi le pouvoir de se substituer un tiers, sans désignation de personne. Le cédant ne sera alors responsable du choix qu'il fera en la personne du cessionnaire qui si ce choix défectueux constitue une faute (24) et si cette faute entraîne un préjudice pour l'autre partie au contrat.

Mais on peut, au lieu d'exclure l'*intuitus personæ* du sous-contrat, réglementer les conditions dans lesquelles un cessionnaire sera admis : par exemple désigner les personnes susceptibles d'être admises ou indiquer les principales qualités qu'elles devront avoir (25).

On peut aussi réserver à l'autre contractant la faculté d'agrément soit *ad nutum* en lui conférant un droit de veto absolu, soit en réglementant à l'avance cet agrément et en indiquant dans quelles conditions il devra s'effectuer, notamment pour

(24) Cpr. art. 1994 C. Civ.

(25) L'intensité de l'*intuitus personæ* sera évidemment fonction de la nature et du nombre des qualités exigées.

quels motifs (26). le refus de la personne proposée comme cessionnaire pourra être opposé. Remarquons d'ailleurs que même quand ce droit d'agrément n'est pas réglementé, et sauf au cas où il a été prévu qu'il s'exercerait souverainement, il doit être exercé de bonne foi. On a songé dans ce cas à faire jouer la théorie de l'abus de droit. Il est peut-être plus simple de noter une application de l'article 1134 in fine du Code Civil d'après lequel les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ». Toutes ces situations devront être réglées d'après la volonté commune des parties, expresse ou tacite, et les principes généraux du droit.

Quelquefois un droit de préemption est réservé aux autres contractants — et généralement cette clause est instituée au profit de la société. L'exercice de ce droit de préemption peut être réglé à l'avance avec précision. Avec de pareilles clauses le caractère personnel du contrat est assuré : le besoin que recouvre l'intuitus personæ reçoit satisfaction, puisque si la cessibilité de la « position contractuelle personnelle » est possible, la personnalité de l'acquéreur n'en est pas moins choisie intuitu personæ. Le caractère personnel du contrat subsistera mais souvent avec une autre personne choisie.

Dans les contrats qui ne sont pas normalement intuitus personæ, des clauses peuvent, dans le but de conférer dans une certaine mesure le caractère personnel au contrat (27), apporter des restrictions

(26) Quelquefois ce droit d'agrément est réservé à l'un des contractants accompagné de la faculté de percevoir une indemnité au cas de cession ou d'augmenter les obligations du nouveau contractant.

(27) Ou dans d'autres buts — mais alors elles ne rentrent plus directement dans le cadre de notre étude.

à la cessibilité. Il est de ces clauses fréquentes à propos du contrat de bail. Certaines subordonnent la cession par le locataire au consentement du bailleur (28) — et cela avec des modalités variées ; mais il semble alors qu'elles ne concernent la notion de l'intuitus personæ que quand elles visent à permettre au bailleur d'exercer un contrôle sur la personnalité du cessionnaire ou du sous-locataire. D'autres autorisent à l'avance la cession mais prévoient directement le contrôle du bailleur sur la personnalité du cessionnaire proposé ; et les modalités de ce contrôle peuvent être déterminées en détail par la volonté des parties, expressément ou tacitement (29). De nombreuses difficultés d'interprétation sur leur portée se sont fait jour. L'ensemble des solutions qui tendent à prévaloir selon les différents cas tiennent compte et de la volonté des parties et de la notion de bonne foi dans l'exécution des contrats. Nous ne pouvons avoir ici la prétention de passer en revue toutes les questions qui se sont posées à ce sujet (30). Quant à la notion de l'intuitus per-

(28) Sur la clause dite « de consentement » voyez Req. 16 nov. 1927, D.P. 1928.1.61, et le rapport du conseiller Bricourt, S. 1929.1.241, notre Chavegrin.

Cpr. Civ. cass. 8 déc. 1930, S. 1931.1.71.

Voyez aussi la bibliographie citée dans les notes suivantes.

(29) Ces clauses touchent généralement à l'intuitus personæ. Voyez sur les différents intérêts de ces clauses : Esmein. Les clauses des baux à loyer relatives à la faculté de sous-louer ou céder le bail. *Semaine Jurid.* 1927.

(30) Voyez pour plus de détails : G. Lagarde, Des clauses réservant l'agrément d'un tiers pour la cession de droits. *Rev. Crit.*, 1928, p. 65 ; Voirin, notes au D.P. 1929.2.5 (sous Trib. civ. Seine-Infér., 15 mai 1928), et au D.P. 1932.2.57 (sous Trib. civ. Poitiers, 1^{er} déc. 1931). Cpr. Esmein, Cession de bail et sous-location, *Revue Trim.*, 1924, p. 251.

— Voyez aussi : Jossierand, note au D.P. 1923.2.169, et *De l'esprit des droits*, p. 166 et s. ; Savatier, *L'interdiction*

sonæ que ces clauses peuvent introduire, il se pose généralement deux questions à son sujet : 1° celle de savoir si la clause a bien pour but d'introduire une conséquence de l'intuitus personæ — et si la réponse est affirmative : 2° quel degré d'intensité se trouve avoir l'intuitus personæ introduit. Ces questions sont évidemment réglées par la recherche de la volonté commune des parties. Comme il y aura généralement lieu à interprétation, c'est le juge qui établira, en recherchant cette volonté commune des parties, l'existence et la portée de l'intuitus personæ — et il le fera en se basant sur toutes les circonstances de la cause.

Des clauses analogues interviennent, sous la nécessité de besoins pratiques, de plus en plus fréquemment, dans les sociétés de capitaux : la composition de ces sociétés s'empreint ainsi de l'intuitus personæ. Généralement on cherche par ces clauses à exclure les étrangers, les concurrents, les spéculateurs de la composition de la société et de son fonctionnement. Mais l'intuitus personæ qu'introduisent dans le contrat ces clauses — combinées d'ailleurs avec d'autres dans le même esprit quant aux autres points, par exemple quant à la transmission à cause de mort — cet intuitus personæ qu'on a appelé « intuitus personarum » (32), « intuitus personæ nouveau style » (33), « intuitus personæ

de céder le bail ou de sous-louer, ses degrés divers, ses effets, Chron. D.H. 1928, p. 29 ; Esmein, note au S. 1924.1.57 ; Demogue, T. VI, N° 24, p. 30 et s. Cpr. note Planiol, D.P. 1892.2.521 (sous Paris, 18 mars 1892).

(31) Voyez sur le rôle que l'on a voulu faire jouer à la notion de l'intuitus personæ pour l'interprétation de ces clauses : Voirin, note au D.P. 1929 précitée.

(32) Mazeaud H., Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux, Thèse Lyon, 1924.

(33) Bourcart, De l'intuitus personæ dans les sociétés, J.S. 1927, p. 511.

négatif » (34), « intuitus personæ noxiæ » (35), est différent de l'intuitus personæ qui fait l'objet de notre étude. Il est bien plus large et bien moins intense. On l'a même considéré comme « toute dérogation apportée à la loi des capitaux par l'élément personnel, spirituel dans la composition et le fonctionnement de la société » (36). Notamment il peut viser la personne « in abstracto », et surtout il peut résulter de la loi comme de la volonté des parties. Il est donc différent de l'intuitus personæ ici étudié (37) et qui se retrouve dans les sociétés de personnes.

Mais malgré tout, les clauses qui introduisent cet intuitus personæ « nouveau style » dans les sociétés de capitaux — clauses qui sont de plus en plus fréquentes — rapprochent dans une certaine mesure ces sociétés des sociétés de personnes. D'ailleurs les sociétés de personnes elles-mêmes, qui sont empreintes du véritable intuitus personæ, par des clauses permettant la cessibilité des parts sociales à des conditions plus ou moins larges, se rapprochent elles-mêmes des sociétés de capitaux. Si bien qu'il est parfois difficile de distinguer en présence de quel type de société l'on se trouve — et l'on sait le rôle important que la notion de l'intuitus personæ (tel que nous l'avons étudié) joue dans la solution de cette vieille controverse (38).

(34) Camerlynck, L'intuitus personæ dans la société anonyme, Thèse Paris, 1929.

(35) Jeandel, L'intuitus personæ dans les sociétés commerciales, Thèse Nancy, 1932.

(36) Camerlynck, op. cit. p. 17.

(37) Voyez notre Introduction.

(38) Ch. Beudant (Réponse à Batbie), Revue Crit. 1869, p. 135 et 403.

Pic, Critérium légal de la distinction de l'intérêt et de

Quoi qu'il en soit, les clauses que nous avons rapidement passées en revue touchent généralement par quelque côté à la notion de l'intuitus personæ et lui donnent en pratique une physionomie très nuancée qu'il importait de signaler.

l'action, Annales de droit commercial, 1910, p. 448 et s. Traité des Sociétés (dans collection Thaller), T. II, N° 699 bis : « Il y a une connexité indissoluble entre l'intuitus personæ et la forme de la part d'associé ».

Escarra, Les restrictions conventionnelles de la transmissibilité des actions, Annales de droit com., 1911, p. 333 et s., p. 425 et s.

Fraissaingea, Le double critérium de l'action, Annales de droit com., 1914, p. 5 et s.

APPENDICE

L'INTUITUS PERSONÆ ET LA RUPTURE DES CONTRATS PAR VOLONTÉ UNILATÉRALE

120. — On a signalé parmi les conséquences de l'intuitus personæ, le fait que la volonté unilatérale de l'une des parties avait, dans certains cas, la puissance de mettre fin au contrat (1). Exemple article 2003 § 2 et 3 pour le mandat. Cette conséquence de l'intuitus personæ viendrait ici apporter une dérogation au droit commun (article 1134 alinéa 2). Elle se justifierait par cette idée que le contrat fondé essentiellement sur la confiance ou l'affection devrait prendre fin avec la disparition de cette confiance ou affection.

Il semble que si cette idée était juste, on devrait en trouver l'application en principe dans tous les contrats intuitus personæ. Elle suffirait par exemple à expliquer, outre l'article 2003 alinéas 2 et 3, l'article 1865 5° complété par les articles 1869 et 1870 (société), peut-être aussi l'article 1794 (marché à forfait), l'article 1944 (dépôt), les articles 1888 et 1889 (prêt à usage), l'article 1780 du Code Civil en ce qui concerne le droit du patron, la loi du 16

(1) Voyez M. Voirin dans sa note au D.P. 1928.2.196, sous Lyon, 16 mai 1928.

— Cpr. Planiol, Ripert, Esmein, T. VI, N° 252, p. 352, note 2.

décembre 1927 (contrat entre les compagnies d'assurances et leurs agents) et l'attribution d'un droit de rupture unilatérale à l'auteur dans le contrat d'édition.

Mais en réalité toutes ces dispositions n'ont en général rien à voir avec la présence de l'intuitus personæ dans ces contrats. Ce droit de rupture unilatérale est fondé sur des idées toutes autres que la disparition de l'affection ou de la confiance. Dans la plupart des cas la raison d'être de ce droit de rompre unilatéralement le contrat est la nécessité de respecter la liberté individuelle ou la propriété ; et cela est si vrai que ce droit ne s'applique (2) généralement que si le contrat est à durée indéterminée. Dans les autres cas il trouve son fondement dans la nature du contrat : c'est avant tout un contrat d'aide ou de commandement (3).

(2) Pour le développement de cette idée, voyez la thèse de M. O. Porumb « La rupture des contrats à durée indéterminée. Essai d'une théorie générale », Paris 1937.

(3) Sur cette notion du contrat d'aide ou de commandement, voyez l'article de M. Demogue « Des modifications aux contrats par volonté unilatérale », *Rev. Trim.*, 1907, p. 245 et s. Voyez aussi Demogue « Notions fondamentales du droit privé », 1911, p. 601 et s. *Comp. Tribunal Seine*, 24 mai 1921, motifs S. 1924.2.57, et note E.-H. Perreau : « Attendu qu'un médecin obligé de faire appel au concours d'un assistant, d't notamment le tribunal, ne peut être tenu de conserver auprès de lui un collaborateur insuffisant, maladroit, ou négligeant et qu'il doit rester seul juge, dans l'intérêt même de la santé publique, de l'opportunité d'un congédiment immédiat et urgent ».

CONCLUSION

121. — Nous avons cherché à analyser le phénomène juridique de l'intuitus personæ, à préciser toute la substance que cette expression pouvait comporter dans le domaine des contrats. Notre but était de dissoudre le précipité qui, pour nous du moins, englobait ce phénomène, de cristalliser les idées directrices qui étaient en suspension dans l'atmosphère de doctrine et de jurisprudence qui l'environnait. Le mystère n'est peut-être pas éclairci complètement, ni le domaine totalement exploré. Mais nous savons, dans les grandes lignes, ce qu'est l'intuitus personæ, quand il existe, et les conséquences qui s'y attachent.

Quelquefois, il est impliqué par la nature du contrat. Mais il est possible — sous certaines réserves — de l'exclure, à certaines conditions. D'autres fois, c'est la volonté qui a pu — toujours avec des réserves — et à certaines conditions, l'introduire dans un contrat dont la nature ne le comportait pas. Et dans tous ces cas, nous l'avons vu recouvrir tantôt une idée d'affection — lato sensu — et relatif le plus souvent alors à la personne du créancier, tantôt une idée de confiance, en la personne du débiteur généralement — confiance visant soit la qualité de l'exécution de la prestation, soit la garantie d'exécution de cette prestation — et cela avec de nombreuses nuances. Nous avons cru nécessaire aussi de déterminer son contenu, c'est-à-dire les différentes qualités déterminantes de la per-

sonne dans chaque catégorie de cas, et d'indiquer les règles à suivre pour la détermination de ce contenu dans chaque espèce. De là une grande diversité dans la notion de l'intuitus personæ.

Malgré cette diversité les conséquences nous ont semblé pouvoir être ramenées à l'unité, bien que plus ou moins étendues selon les hypothèses. Ce jeu de l'intuitus personæ nous est d'abord apparu dans la phase précontractuelle : il s'est à nouveau manifesté dans la phase contractuelle. Puis, après avoir dominé la vie et les pérégrinations (transmission) du lien juridique, il est venu, bien souvent, contribuer à sa dissolution.

Dans toutes ses manifestations, le phénomène s'insère dans les principes généraux du droit, mais en gardant sa physionomie toute originale. C'est en insistant sur cette originalité, bien que le phénomène rentre cependant dans les principes généraux du droit, que nous voudrions terminer cette étude. Toutes les conséquences juridiques de l'intuitus personæ, tout son jeu, tout son mécanisme tiennent à cette idée que dans le lien juridique la considération d'une personne a été déterminante du consentement de l'autre. Le but se complique ici d'un élément personnel. Et ce phénomène apparaît dans toutes les phases de la vie du lien juridique pour l'exposer à une cause de mort. Le lien est-il à peine conçu ? la considération de la personne permet de refuser de contracter. Lors de la naissance, l'intuitus personæ fait rôder plus large le spectre de l'erreur, cause de nullité. A la vie, aux voyages, à la réalisation du lien juridique l'intuitus personæ met un frein. Et il l'expose à des causes plus nombreuses de dissolution. Tout cela, parce que le lien juridique ne peut être vivifié par l'intervention de personnes autres que celle spécialement choisie, parce

que sa vie est liée étroitement à cette personne. Le choix de la personne dans sa réalisation juridique, s'il présente des avantages, n'est pas, on le voit, exempt d'inconvénients. Aussi comprend-on que des clauses interviennent de plus en plus fréquemment pour assouplir les conséquences normales de l'intuitus personæ, au moins quand la matière s'y prête. Si bien que le phénomène de l'intuitus personæ, s'il garde dans certains contrats, tels les contrats artistiques, sa physionomie traditionnelle, voit dans les autres contrats, tels la société, le bail, ses effets se nuancer pour satisfaire sans cesse davantage les besoins pratiques.

Vu : le Doyen

E. ALLIX.

Vu : le Président

ESMEIN.

Vu et permis d'imprimer

Le Recteur de l'Académie de Paris

G. ROUSSEY

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

(PRINCIPAUX OUVRAGES CITÉS OU CONSULTÉS)

Ouvrages généraux

Aubry et Rau. — Cours de droit civil français, 5^e éd. et 6^e éd.
Gault, Falcimagne et Martin), T. IV, V, VI, VII.

Baudry-Lacantinerie. — Traité théorique et pratique de droit
civil :

Obligations, par Barde, 2^e éd. 1900.

Louage, par Wahl, 3^e éd. 1905.

Prêt, Société, Dépôt, par Wahl, 3^e éd. 1907.

Vente, par Saignât, 2^e éd. 1900, 3^e éd. 1908.

Donations, par Colin, 3^e éd. 1905.

Des Personnes, par Houques Fourcade, 3^e éd. 1907-1908.

Beudant. — Cours de droit civil français, 2^e éd. 1929, par
Lerebours-Pigeonnière :

Obligations, T. VIII, par Lagarde, 1936.

Donations et testaments, par Voirin, 1934.

Personnes, T. II, par Batifol.

Bufnoir. — Propriété et contrat, 2^e éd. 1924.

Colin et Capitant. — Cours élémentaire de droit civil fran-
çais, 7^e éd. 1932, T. II, 8^e éd. revue par Julliot de
la Morandière, 1935.

Demante et Colmet de Santerre. — Cours analytique de code
Napoléon, 2^e éd. 1895, T. V et VII.

Demogue. — Traité des Obligations en général (en cours de
publication depuis 1924), T. I, II, VI, VII.

Demolombe. — Cours de code Napoléon (continué par Guil-
louard), 4^e éd. 1878. T. III, XXIV et XXV.

- Domat.* — Les lois civiles dans leur ordre naturel.
- Duranton.* — Cours de droit français, 4^e édit. 1844, T. X.
- Fenet.* — Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, T. IX, XIII et XIV.
- Guillouard.* — Traité du louage, 3^e édit. 1902.
- Huc.* — Commentaire théorique et pratique du code civil (1892 à 1903), T. II, VIII, X.
- Josserand.* — Les transports, 1911 (dans le Traité général théorique et pratique de droit commercial de Thaller).
- Hémar.* — Traité des Assurances terrestres, 1925.
- Houpin et Bosvieux.* — Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations, 7^e édit. 1935, T. I.
- Larombière.* — Théorie et pratique des obligations, 2^e édit. 1885.
- Laurent.* — Principes de droit civil, 3^e édit. 1878, T. II, XVI, XX, XXVI, XXVIII.
- Loché.* — Législation civile, commerciale et criminelle de la France. Recueil des discussions et travaux préparatoires de nos codes.
- Lyon-Caen et Renault.* — Traité de droit commercial, 5^e édit., T. VII.
- Malleville.* — Analyse raisonnée du Code Civil, 5^e édit. 1824.
- Planiol et Ripert.* — Traité élémentaire de droit civil, 11^e édit., T. I, II, III.
- Traité pratique de droit français (1926-1932) :
- La Famille, T. II (Rouast).
- Donations et testaments, T. V (Trasbot).
- Obligations, T. VI et VII (Cassin, Esmein, Radouant, Garbolde).
- La vente (Hamel) et le Louage (B. Perreau), T. X
- Contrats spéciaux (Rouast, Lepargneur, Savatier), T. II.
- Table, T. XIV.

Percerou. — Faillites et banqueroutes, 2^e édit., T. II (1937)
(dans le *Traité général théorique et pratique de droit commercial* de Thaller).

Pothier. — *Traité des Obligations* (par Bugnet).

Thaller et Percerou. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e édit. 1931.

Toullier. — *Le droit civil français*, 5^e édit. 1830, T. VI.

Troplong. — *Traité des sociétés*.

Ouvrages spéciaux

Capitant. — *De la cause*, 3^e édit. 1927.

Demogue. — *Notions fondamentales du droit privé*, 1911.

Faye. — *La cour de cassation*, 1903.

Gény. — *Méthode d'interprétation et Sources du droit privé positif*, 2^e édit. 1919.
Science et Technique, T. III.

Josserand. — *Téléologie Juridique* :

T. I, *De l'esprit des droits* (1927).

T. II, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*
(1928).

T. III, *Evolutions et actualités* (1935).

Ripert. — *La règle morale*, 3^e édit. 1935.

Saieilles. — *Théorie générale de l'obligation d'après le projet de code civil allemand*, 3^e édit. 1923.
La déclaration de volonté, 1901.

Thèses

Bonnichon. — *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*
Paris, 1900.

- Camerlynck.* — L'intuitus personæ dans la société anonyme, Paris, 1929.
- Cassin.* — De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques, Paris, 1914.
- Cazagne.* — La continuation des sociétés de personnes avec les héritiers, Paris, 1932.
- Célice.* — De l'erreur dans les contrats, Paris, 1922.
- Dereux.* — De l'interprétation des actes juridiques privés, Paris, 1905.
- Dubreuil.* — Les mobiles dans les contrats, Lyon, 1911.
- Gaudemet.* — Etude sur le transport de dettes à titre particulier, Dijon, 1898.
- Gauguier.* — De l'interprétation des actes juridiques, Paris, 1898.
- Gorphe.* — Le principe de la bonne foi, Paris, 1928.
- Gounot.* — L'autonomie de la volonté, Dijon, 1912.
- Hamel.* — La cause dans les libéralités, Paris, 1920.
- Jeandel.* — L'intuitus personæ dans les sociétés, Nancy, 1932.
- Lalou.* — Le bail à nourriture, Paris, 1900.
- Maury.* — La notion d'équivalence, Toulouse, 1920.
- Porumb.* — La rupture des contrats à durée indéterminée. Essai d'une théorie générale, Paris, 1937.
- Radouant.* — Le cas fortuit et la force majeure, Paris, 1920.
- Rault.* — Le contrat d'édition, Paris, 1927.
- Souchon.* — Exécution des contrats synallagmatiques passés par le failli, Paris, 1889.
- Trescartes.* — De l'erreur dans les actes juridiques, Toulouse, 1908.

Articles de revue

- Becqué.* — Responsabilité en matière contractuelle, Rev. Trim. 1914, p. 251 et s.

Bourcart. — L'intuitus personæ dans les sociétés, J.S. 1928. 449 et s.

Demogue. — Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, Rev. Trim. 1907, p. 245 et s.

Morel. — Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles, Rev. Trim. 1908, p. 289 et s.

Voirin. — La jouissance d'une exploitation envisagée comme critère du bail à ferme et comme principe de son autonomie, Rev. Trim. 1930, p. 291 et s.

Les pouvoirs permanents souscrits par les actionnaires à l'effet de se faire représenter aux assemblées générales, D.H. 1931, Chronique N° 24.

Notes de jurisprudence

Bonnecase. — S. 1921.2.33 (sous Paris, 23 mai 1919).

Demogue. — S. 1920.1.257 (sous Civ., 6 janv. 1913).

Hémar. — S. 1908.1.178 (sous Cass., 23 oct. 1906).

Lacour L. — D.P. 1907.2.209 (sous Montpellier, 21 juil. 1905).

Rousseau. — S. 1925.2.125 ; S. 1928.2.115 ; S. 1936.2.29 ; S. 1936.2.197.

Voirin. — D.P. 1928.2.196 (sous Lyon, 16 mai 1928).

D.P. 1929.2.5 (sous Trib. civ. Seine-Infér., 15 mai 1928).

D.P. 1932.2.57 (sous Trib. civ. Poitiers, 1^{er} déc. 1931).

Wahl. — S. 1903.2.177 (sous Besançon, 5 juil. 1899).

Divers

Voyez aussi les indications bibliographiques données sous les N°s 4 in fine, 33, 97, 119.

Jurisprudence et revues

Annales de droit commercial.

Dalloz. Jurisprudence générale.

Dalloz Hebdomadaire. D.H.
Dalloz périodique et critique. D.P.
France Judiciaire.
Gazette du Palais. Gaz. Pal.
Gazette des Tribunaux. Gaz. des Trib.
Journal des faillites.
Journal des notaires.
Journal des sociétés. J.S.
Journal des Tribunaux Algériens.
La Loi.
Le Droit.
Moniteur Judiciaire de Lyon.
Pandectes Françaises.
Pasicrisie Belge.
Recueil de Marseille.
Recueil de Nantes.
Répertoire Alphanétique du droit français Sirey (notamment
Supplément, par Cézard-Bru, T. VI, 1927).
Répertoire général alphanétique Dalloz.
Revue critique de Législation, de doctrine et de jurisprudence.
Revue Trimestrielle de droit civil.
Semaine Juridique.
Sirey. — S. Recueil général des lois et arrêts.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

1. Définition provisoire. Exemples	7
2. Conséquences, effets de l'intuitus personæ. Définition complète, critère	10
3. Annonce du plan	13
4. Délimitation du sujet : A) Exclusion du droit public ; B) Exclusion de certaines matières du droit privé	15

PREMIERE PARTIE

Conditions d'existence de l'Intuitus Personæ

5. Généralités. Annonce du plan de cette partie	19
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — <i>La distinction des contrats comportant normalement l'intuitus personæ et de ceux qui ne le comportent pas</i>	21
6. Position du problème : autorité de la décision du juge quand il fait cette distinction	21
7. La réglementation légale prend parti sur l'intuitus personæ	23
8. Un usage existe	24
9. Cas d'un contrat innommé	25
10. Cas de doute absolu sur l'existence de l'intuitus personæ : la règle à suivre	26

TITRE I. — *L'intuitus personæ dans les contrats
le comportant normalement*

CHAPITRE PREMIER. — *Contrats comportant normalement
l'intuitus personæ*

11. Sens de cette expression et précision du problème : recherche de ces contrats	27
12. Recherche du lien (obligation ou créance) intuitus personæ, et du contenu de l'intuitus personæ : les qualités de la personne : contenu objectif : varia- bilité, diversité	29
13. Contenu subjectif. Adjonction d'autres qualités au contenu normal : renvoi	30
 <i>Section I. — Contrats, obligations et créances qui comportent d'une façon normale l'intuitus per- sonæ</i>	
14. L'intuitus personæ dans la réglementation légale du contrat et dans son économie. Evolution	32
15. Les deux sentiments que recouvre l'intuitus perso- næ : l'affection, la confiance	33
A) Contrats basés sur l'affection	34
16. Distinction	34
17. Contrats du droit de famille : mariage, adoption..	34
18. Libéralités et contrats de bienfaisance. L'intuitus personæ vise la personne du créancier.....	36
19. La libéralité avec charge : affection et confiance..	40
B) Contrats basés sur la confiance	41
20. Généralités. L'intuitus personæ vise généralement la personne du débiteur, quelquefois celle du créancier. Intuitus personæ de confiance visant la garantie de l'exécution de l'obligation, et in- tuitus personæ visant la qualité de l'exécution ..	41
21. Le dépôt	43
22. Le mandat	46
23. La société civile	47
24. Le colonage partiaire ou métayage	48
25. Le bail à colonage perpétuel ou à métairie perpé- tuelle	50
26. Les baux à cheptel	51

27. Les contrats relatifs au droit de chasse	52
28. Le contrat d'association	53
29. Le louage de services	55
30. Le contrat d'entreprise	61
31. Exemples	66
32. Variétés d'entreprise : le bail à nourriture	68
33. Le contrat d'édition	71
34. Le contrat de souscription à un ouvrage	80
35. Le contrat d'assurance	81
36. Le prêt de consommation	83
37. Les baux d'exploitation : bail à ferme, bail de chasse, bail de fonds de commerce	86
38. Importance de la personne du preneur. Comparai- son avec le bail à loyer d'une part, le métayage et la société d'autre part	87
39. Existence normale de l'intuitus personæ. Opinion contraire de M. Voirin. Réfutation	92
40. L'intuitus personæ dans les obligations de ne pas faire	96
APPENDICE : Contrats intuitus personæ où la per- sonne dont la considération aurait été détermi- nante n'est pas un des contractants	
41. Exposé. Réfutation	98
Section 2. — Qualités prises normalement en consi- dération : contenu de l'intuitus personæ pour cha- que type de contrat	
42. Généralités	100
43. Les qualités substantielles dans les contrats basés sur l'affection	102
44. Les qualités substantielles dans les contrats basés sur la confiance	103
45. Transition entre chapitre 1 et 2.....	111
CHAPITRE II. — <i>Exclusion de l'intuitus personæ</i>	112
Section I. — De la possibilité d'exclure l'intuitus personæ.	
46. Généralités : position du problème. Limitation....	112

47. L'exclusion de l'intuitus personæ du mandat : l'arrêt de Paris du 23 mai 1919. Opinions en présence. Précision du problème	116
48. Le problème est le même en matière de société, malgré une nuance	119
49. Aspect critique du problème	122
50. Aspect normal du problème. Solution	123
Section 2. — Des conditions de l'exclusion de l'intuitus personæ	
51. Difficultés qui se posent. Principes généraux qui s'appliqueront	128
52. La règle à suivre en cas de doute sur la volonté des parties quant à l'exclusion	129
53. La clause de continuation à la mort n'entraîne pas en principe la cessibilité aux tiers ou la possibilité de léguer la position dans le contrat	131
54. La clause de libre cession entraîne-t-elle la transmissibilité aux héritiers ? Thèse négative. Thèse affirmative. Développement et adoption	134
55. La clause de continuation avec les héritiers n'entraîne pas la continuation malgré la déconfiture ou la faillite.	135
56. Autres difficultés qui pourraient se présenter : l'exclusion de l'attache à la personne entraîne-t-elle l'absence d'influence décisive de la considération de la personne sur le consentement lors de la formation du contrat ? Non	135
57. L'exclusion de l'intuitus personæ dans la formation du contrat entraîne la suppression de l'attache à la personne	137
58. Faut-il une volonté expresse pour exclure une conséquence ou toutes les conséquences de l'intuitus personæ ? Ou suffit-il d'une volonté tacite ? Position du problème	138
59. Le problème à propos de l'exclusion de la mort comme cause de dissolution de la société. Opinion exigeant une « stipulation » (peut-être Laurent). Opinion contraire : majorité de la doctrine et jurisprudence : la clause de continuation peut être tacite. Une exception : en présence d'héritiers mineurs. Même solution pour la clause de continuation malgré la déconfiture ou la faillite....	139
60. Même solution en général. Application des principes généraux du droit	142

TITRE 2. — *L'intuitus personæ dans les contrats
ne le comportant pas normalement*

61. Généralités. Plan	143
CHAPITRE PREMIER. — <i>Contrats ne comportant pas nor- malement l'intuitus personæ</i>	
62. Bail à loyer	145
63. La vente	146
64. L'intuitus personæ existerait dans certaines ventes : L'acheteur est choisi intuitu personæ dans la ven- te à crédit. Dans d'autres cas l'intuitus personæ viserait la personne du vendeur. Exemples. Réfu- tation : la personnalité du vendeur n'intervient qu'à travers la considération de la chose	149
65. Opinion qui voit de l'intuitus personæ dans le con- trat de vente en général. L'article 1599 C. Civ. (nullité de la vente de la chose d'autrui) ne se- rait qu'une application de l'art. 1110, al. 2.	151
66. Réfutation	152
67. La transaction. Opinion inverse. Réfutation	155
68. L'obligation de ne pas se rétablir dans la vente de fonds de commerce. Intérêts de la question. La jurisprudence semble contradictoire. Théorie de M. H. Rousseau. Objections	156
CHAPITRE 2. — <i>Introduction de l'intuitus personæ dans un contrat qui ne le comporte pas normalement</i>	
Section I. — <i>De la possibilité de l'introduire</i>	
69. Position du problème. Solution de principe. Limita- tions	163
70. Cas du monopoleur	167
71. Introduction d'un intuitus personæ spécial dans le contrat : principe. Limite	169
1. Contrats du droit des personnes	169
2. Contrats du droit du patrimoine. Art. 1382. Monopole	170
72. Cas où l'introduction de l'intuitus personæ semble porter atteinte à la faveur de la libération. Opi- nion de Huc et Baudry-Lacantinerie et Barde. Réfutation	171

Section 2. — Conditions d'introduction de l'intuitus personæ	174
73. Généralités sur le problème	174
74. La clause prévoyant la cessation des effets du contrat à la mort entraîne-t-elle les autres conséquences de l'intuitus personæ, notamment l'incessibilité aux tiers ? Non	176
75. La clause d'incessibilité entraîne-t-elle la cessation du contrat à la mort ? Non	177
76. Une clause entraîne l'introduction de tout l'intuitus personæ : la stipulation d'exécution personnelle de l'obligation par le débiteur choisi ou celle de jouissance personnelle du droit par le créancier choisi	177
77. Le contrat a été conclu en considération d'une qualité de la personne. La persistance de cette qualité est-elle une condition essentielle au maintien du contrat ? Opinions de Laurent. Opinion de la majorité de la doctrine : Baudry-Lacantinerie et Wahl — Planiol, Ripert, Perreau — Voirin, rejoignant celle de l'« école de l'Exégèse ». Critique. Juriprudence. Aubry et Rau. La volonté tacite suffit, pourvu qu'elle soit certaine.	179
78. Le but	187
79. L'économie générale de l'acte	190
80. Nécessité d'une volonté commune	195
81. Résumé des conditions d'introduction de l'intuitus personæ	200

DEUXIEME PARTIE

Effets de l'Intuitus Personæ

82. Généralités sur la Deuxième Partie	203
--	-----

TITRE I. — *L'intuitus personæ dans la formation du contrat*

CHAPITRE PREMIER. — <i>L'offre du contrat intuitus personæ</i>	205
83. Principe	205

84. Largeur de l'intuitus personæ dont il s'agit ici....	207
85. Droit de refuser de contracter même quand l'agrément de la personne est intervenu.....	210
CHAPITRE 2. — <i>L'intuitus personæ et l'erreur sur la personne</i>	213
<i>Section 1. — L'erreur sur la personne.....</i>	213
86. Les textes du C. Civ. Origine. Droit romain. Opinion de Pothier	213
87. Domat. La théorie de la cause. Delâchenal. Maury. Célèce. Capitant	218
88. Appréciation. Sens de l'article 1110 al.2. Conditions de l'erreur dirimante	220
<i>Section 2. — L'erreur sur la personne et l'intuitus personæ</i>	223
89. Le rôle de l'intuitus personæ dans l'erreur sur la personne	223
90. Cas où l'on croit voir l'erreur sur la personne déterminante sans qu'il y ait intuitus personæ proprement dit. Influence sur la décision du juge de la moralité des parties et d'un raisonnement vicieux	225
91. L'erreur sur les qualités de la personne.....	231
92. L'erreur sur la solvabilité peut être déterminante. Rejet de l'opinion de la quasi-unanimité des auteurs	232
93. L'erreur dans la personne en matière de mariage..	241
TITRE 2. — <i>L'intuitus personæ après la formation du contrat</i>	
94. Généralités	247
CHAPITRE PREMIER. — <i>L'intuitus personæ et le paiement</i>	249
§ 1. L'intuitus personæ d'affection et le paiement	249
95. L'intuitus personæ d'affection et le paiement. Personnes qui peuvent effectuer le paiement et personnes qui peuvent le recevoir	249
§ 2. L'intuitus personæ de confiance et le paiement	251

96. L'intuitus personæ de confiance visant la personne du créancier : personnes qui peuvent recevoir le paiement	251
97. L'intuitus personæ de confiance visant la personne du débiteur : personnes qui peuvent effectuer le paiement	253
CHAPITRE 2. — <i>La dissolution du contrat intuitus personæ par la mort</i>	
98. Généralités	257
<i>Section 1. — La règle</i>	261
99. La règle	261
<i>Section 2. — Applicatifs</i>	265
§ 1. La mort et les contrats basés sur l'affection..	265
100. La mort et les contrats du droit des personnes....	265
101. La mort et l'offre des contrats gratuits.....	265
102. La mort et les contrats gratuits.....	268
§ 2. La mort et les contrats basés sur la confiance	269
103. La mort et l'offre de ces contrats.....	269
104. La mort et les contrats basés sur la confiance....	269
<i>Section 3. — Nature de ce mode de dissolution....</i>	272
105. Ce n'est pas un mode spécial de dissolution.....	272
<i>Section 4. — Les clauses.....</i>	274
106. Clauses principales	274
CHAPITRE 3. — <i>La déconfiture, la faillite, la liquidation judiciaire et les contrats intuitus personæ.....</i>	
107. Position du problème	277
<i>Section 1. — La dissolution de certains contrats intuitus personæ par la déconfiture, la faillite ou la liquidation judiciaire</i>	280
108. Contrats de confiance sans adhérence patrimoniale : aucun effet juridique	280

109. Contrats de confiance à adhérence patrimoniale. Principe : dissolution	282
110. Fondement. Domaine	284
Section 2. — Les clauses modificatives	287
111. Principales clauses	287
CHAPITRE 4. — <i>Incessibilité du lien intuitus personæ à un tiers</i>	289
Section 1. — La règle	289
112. Position du problème. Exclusion des contrats du droit des personnes	289
113. La cession des liens juridiques nés du contrat en l'absence d'intuitus personæ. Cession de la position créancière. Validité. Cession de la position débitrice. Interdiction. Fondement ? Rejet de la notion d' « intuitus personæ assez mal caractérisé »	290
114. L'intuitus personæ et le sous-contrat	295
115. L'intuitus personæ de confiance et le sous-contrat. Articles 1861, 1763-1764, 1994 C.Civ. Fondement de ces textes ? Règle générale à appliquer en cas de cession d'un lien intuitus personæ à base de confiance ? Règle de l'inexécution des obligations par le débiteur	299
116. L'application de cette règle à la cession du contrat intuitus personæ est préférable et plus souple que la formule généralement admise : « l'incessibilité du lien juridique intuitus personæ ». Vérification de ce point de vue : intuitus personæ de confiance visant la garantie de l'exécution	304
117. Suite : Intuitus personæ de confiance visant la qualité de l'exécution	305
118. Remarque : L'intuitus personæ dans l'évolution historique de l'obligation	307
Section 2. — Clauses	308
119. Clauses	308
APPENDICE : <i>L'intuitus personæ et la rupture des contrats par volonté unilatérale</i>	315

120. Opinion qui fait de la rupture par volonté unilatérale une conséquence de l'intuitus personæ. Rejet de cette opinion	315
--	-----

CONCLUSION

121. Résumé. Originalité du phénomène de l'intuitus personæ : il expose le lien juridique dans toutes les phases de sa vie à une cause de mort : c'est la contrepartie des avantages qui résultent du choix de la personne. D'où clauses pour nuancer ses conséquence : physionomie de l'avenir	317
---	-----

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE	321
---------------------------------	-----

